

**DIE STILLE LIQUIDATION
DER AKTIENGESELLSCHAFT
im Vergleich mit dem gesetzlichen Liquidationsverfahren**

**Dissertation
der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich**

zur Erlangung der Würde
eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

SUZANNE WETTENSCHWILER

von Jona SG

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Peter Forstmoser

1902



Digitized by the Internet Archive
in 2026

**DIE STILLE LIQUIDATION
DER AKTIENGESELLSCHAFT
im Vergleich mit dem gesetzlichen Liquidationsverfahren**

**Dissertation
der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich**

zur Erlangung der Würde
eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

**SUZANNE WETTENSCHWILER
von Jona SG**

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Peter Forstmoser

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 14. Juli 1982

Der Dekan:
Prof. Dr. Emil Stark



Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Heft 68 der Reihe

Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht

Herausgegeben von Prof. Dr. Peter Forstmoser

© Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1982
ISBN: 3 7255 2253 7

Druck: Huber Druck AG, Entlebuch

MEINEN ELTERN

INHALTSÜBERSICHT

1. Kapitel: Übersicht über das gesetzliche Liquidationsverfahren	1
§ 1 Eintritt ins Liquidationsstadium	1
§ 2 Die Organe und ihre Kompetenzen während dem Liquidationsverfahren	20
§ 3 Durchführung des Liquidationsverfahrens	33
§ 4 Administrative Pflichten nach der Liquidation	41
§ 5 Exkurs: Die Wiedereintragung	43
2. Kapitel: Die stille Liquidation	45
§ 6 Durchführung der stillen Liquidation	45
§ 7 Kognition des Handelsregisterführers bei der Anmeldung der Löschung	54
§ 8 Konsequenzen der stillen Liquidation	63
3. Kapitel: Steuerrechtliche Aspekte der Liquidation	81
§ 9 Besteuerung der Gesellschaft	81
§ 10 Besteuerung der Aktionäre und anderer Beteiligter	88
4. Kapitel und § 11:	
Ergebnisse und rechtspolitische Hinweise	89

INHALTSVERZEICHNIS

Literaturverzeichnis	XIII
Abkürzungen	XXI
Vorwort	XXV
Einführung	XXVII

1. Kapitel: Übersicht über das gesetzliche Liquidationsverfahren	1
§ 1 Eintritt ins Liquidationsstadium: Auflösung	1
I. Begriff der Auflösung und Auflösungsgründe	1
1. Begriff	1
2. Auflösungsgründe	2
II. Massgeblicher Zeitpunkt für den Eintritt der Auflösung	3
1. Allgemeines	3
2. Bei Auflösung aus statutarischen Gründen	4
a) Erfüllung des Grundes ist konstitutiv	4
b) Möglichkeit zur Weiterführung der Geschäftstätigkeit?	4
3. Bei Generalversammlungsbeschluss	5
a) Der Auflösungsbeschluss ist konstitutiv	5
b) Widerruf	8
c) Anfechtung	9
d) Zusammenfassung	9
4. Bei richterlichem Urteil	10
a) Gestaltungsurteil	10
b) Beseitigung des Mangels	10
5. Bei Auflösung durch den Handelsregisterführer	10
a) Die Eintragung der Auflösung ist konstitutiv	10
b) Widerruf	11

6. Bei informeller Auflösung	11
7. Beendigung ohne bewusste Auflösung	12
III. Wirkung der Auflösung	13
IV. Anmeldung der Auflösung	14
1. Pflicht zur Anmeldung	14
2. Kompetenz zur Anmeldung	14
3. Zeitpunkt der Anmeldung	16
a) Auslegungsbedürftigkeit des Gesetzes	16
b) Systematisches Element	17
c) Teleologisches Element	17
d) Historisches Element	18
e) Resultat der Auslegung	18
4. Wirkung der Anmeldung	19
 § 2 Die Organe und ihre Kompetenzen während dem Liquidationsverfahren	 20
I. Liquidatoren	20
1. Allgemeines	20
2. Bestellung	20
a) Gesetzliche Vermutung	20
b) Durch die Statuten	21
c) Durch die Generalversammlung	21
d) Durch den Richter	21
e) Durch die Vormundschaftsbehörde	22
f) Amtsbeginn	23
3. Abberufung	23
a) Durch die Generalversammlung	23
b) Durch den Richter	24
c) Demissionsrecht	25
4. Verhältnis des Liquidators zur Gesellschaft	25
5. Aufgaben und Kompetenzen der Liquidatoren	26
II. Generalversammlung	27
III. Verwaltung	29
IV. Kontrollstelle	31
V. Prokuristen und Direktoren	31
 § 3 Durchführung des Liquidationsverfahrens	 33
1. Liquidationsbilanzen	33
a) Liquidationseröffnungsbilanz	33

b) Zwischenbilanzen	34
c) Liquidationsschlussbilanz	34
2. Schuldenruf	34
3. Abwicklung der laufenden Geschäfte und Realisierung der Aktiven	36
a) Abwicklung der laufenden Geschäfte	36
b) Realisierung der Aktiven	36
4. Erfüllung von Verpflichtungen	37
a) Fällige Forderungen	37
b) Nicht fällige Forderungen	38
5. Verteilung des Liquidationsüberschusses	38
a) Sperrfrist	38
b) Berechnung und Auszahlung der Liquidationsanteile	39
 § 4 Administrative Pflichten nach der Liquidation	 41
1. Löschung der Gesellschaft	41
2. Aufbewahrung der Geschäftsbücher	42
 § 5 Exkurs: Die Wiedereintragung	 43
 2. Kapitel: Die stille Liquidation	 45
 § 6 Durchführung der stillen Liquidation	 45
I. Begriff der stillen Liquidation	45
II. Zweck stiller Liquidationen	46
III. Stille Liquidationen in der Praxis	47
IV. Die stille Liquidation aus der Sicht des Handelsregisterführers	48
1. Die Löschung wird beantragt	48
a) Ohne formell gültige Auflösung	48
b) Bei gleichzeitiger Vorlage eines die Auflösung begründenden Titels	49
c) Nach vorgängiger Eintragung der Auflösung	49
d) Häufigste Praxis	49
2. Die Löschung wird von der Gesellschaft nicht beantragt	49

V.	Rezeption der Löschanträge nach stiller Liquidation	50
1.	Praxis der Westschweizer Kantone	50
2.	Übrige Schweiz	50
a)	Löschantrag ohne die Auflösung begründenden Titel	51
b)	Löschantrag mit die Auflösung begründendem Titel	51
c)	Eingreifen des Registerführers von Amtes wegen	52
§ 7	Kognition des Handelsregisterführers bei der Anmeldung der Löschung	54
I.	Von den Registerämtern und der Lehre vertretene Auffassungen	54
II.	Die Kognitionsbefugnis des Registerführers – allgemeine Grundsätze	55
1.	Gesetzliche Grundlagen	55
2.	Auslegung durch Lehre und Praxis	55
a)	Registerrechtliche Voraussetzungen	55
b)	Materielles öffentliches und Zivilrecht	56
c)	Materielle Voraussetzungen	57
3.	Notwendige Präzisierung der von Lehre und Praxis aufgestellten Grundsätze	57
a)	Ungenügen der bestehenden Auslegung	57
b)	Vollständige Auslegung von OR 940	58
III.	Anwendung der allgemeinen Grundsätze auf das Löschanbegehren	61
§ 8	Konsequenzen der stillen Liquidation	63
A.	Illegalität der stillen Liquidation	63
B.	Konsequenzen für die Gesellschaft	64
I.	Verhinderung der Löschung	64
II.	Wiedereintrag und Rückforderung ungerechtfertigterweise bezogener Liquidationsanteile	64
III.	Haftung der Gesellschaft für unerlaubte Handlungen ihrer Organe	66
C.	Konsequenzen für die Organe	66
I.	Registerrechtliche Sanktionen	66
II.	Strafrechtliche Folgen	68

III. Zivilrechtliche Verantwortlichkeit	69
1. Haftungsgrundlage	69
2. Schaden	70
a) Positiver und negativer Schaden	70
b) Mittelbarer und unmittelbarer Schaden	70
3. Widerrechtlichkeit	72
4. Verschulden	72
5. Adäquate Kausalität	73
6. Prinzip der Solidarität	74
7. Prozessuales	75
a) Aktivlegitimation	75
b) Beweislast	75
c) Verjährung	75
8. Pflichtverletzung der Organe durch stille Liquidation insbesondere	76
a) Verwaltung	76
b) Liquidatoren	77
c) Kontrollstelle	77
d) Direktoren und Prokuristen	80
 3. Kapitel: Steuerrechtliche Aspekte der Liquidation	 81
 § 9 Besteuerung der Gesellschaft	 81
I. Verrechnungssteuer	81
1. Steuerobjekt	81
2. Berechnung des Liquidationsüberschusses	82
a) Bei gesetzteskonformer Liquidation	82
b) Bei stiller Liquidation	82
3. Verfahren	83
4. Entstehung der Steuerforderung	83
5. Fälligkeit	84
II. Wehrsteuer	84
1. Ordentlicher Ertrag und Kapital	84
2. Liquidationsgewinn	85
III. Kantonale Steuer am Beispiel des Kantons Zürich	86
1. Ordentlicher Reingewinn und Kapital	86
2. Ausserordentliche Erträge des letzten Steuerjahres	87
3. Liquidationsgewinn	87

§ 10 Besteuerung der Aktionäre und anderer Beteiligter	88
I. Wehrsteuer	88
II. Kantonale Steuer	88
1. Kanton Zürich	88
2. Massgebliche Abweichung in einzelnen Kantonen	88
 4. Kapitel und § 11:	
Ergebnisse und rechtspolitische Hinweise	89

LITERATURVERZEICHNIS

- Bär, Rolf: Kognitionsbefugnisse des Handelsregisterführers, in: Der bernische Notar (1975) 410 ff
- Bättig, Kurt: Die Verantwortlichkeit der Kontrollstelle im Aktienrecht (Diss St. Gallen 1976 = Schriftenreihe der Schweiz. Treuhand- und Revisionskammer 16)
- Beck, Peter: Die Kognition des Handelsregisterführers im Rechte der Aktiengesellschaft (Diss Zürich 1954 = ZBR 188)
- Beeler, Gaetano: Schweizerisches Buchführungs- und Bilanzrecht (Zürich 1956)
- Béguelin, Jacques: La responsabilité fiscale des liquidateurs de sociétés anonymes, sociétés à responsabilité limitée et sociétés coopératives, in: Mélanges Henri Zwahlen (Lausanne 1977) 535 ff
- Bertsch, Wilfried: Die Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen (Diss Zürich 1947 = ZBR 129)
- Berweger, Hans: Die Prüfung der Geschäftsführung durch die Kontrollstelle im schweizerischen Aktienrecht (Diss Basel 1980 = Schriftenreihe der Schweiz. Treuhand- und Revisionskammer 43)
- Binder, Peter M.: Das Verbot der Einlagerückgewähr im Aktienrecht (Diss Bern 1981 = Schriftenreihe der Schweiz. Treuhand- und Revisionskammer 47)
- Blumer, K. / Graf, Ad.: Kaufmännische Bilanz und Steuerbilanz (7. A. Zürich 1979)
- Boemle, Max: Unternehmungsfinanzierung, Schriftenreihe der Schweiz. Treuhand- und Revisionskammer 12 (5. A. Zürich 1979)
- Bucher, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil (Zürich 1979)
- Budliger, Hansjörg: Das Recht des Aktionärs auf Anteil am Liquidationsergebnis (Diss Zürich 1954)
- Bürgi, Wolfhart Friedrich: Die Aktiengesellschaft, Zürcher Kommentar, Bd V/b/1–3: 1. Halbband: Rechte und Pflichten der Aktionäre (OR 660–697, Zürich 1957); 2. Halbband: Organisation der Aktiengesellschaft (OR 698–738, Zürich 1969); 3. Halbband: Auflösung usw. = Bürgi/Nordmann

- Bürgi, Wolfhart Friedrich/Nordmann-Zimmermann, Ursula: Die Aktiengesellschaft, Zürcher Kommentar, Bd V/b/3: 3. Halbband: Auflösung usw. (OR 739–771, Zürich 1979)
- Chicherio, Urs: Die Einberufung der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft durch die Kontrollstelle (Diss Zürich 1973)
- Couchepin, René: Die Praxis des Bundesgerichts in Handelsregistersachen, Sammlung von Entscheiden (Zürich 1946) (zit. Couchepin)
- Couchepin, René: Zur Prüfungspflicht des Handelsregisterführers, in: SAG 21 (1948/49) 201 ff (zit. Couchepin, SAG 21)
- Diethelm, Otto: Grundsätzliches zur Frage der Auflösung handelsrechtlicher Körperschaften (Diss Zürich 1953)
- Druey, Jean-Nicolas: Organ und Organisation. Zur Verantwortlichkeit aus aktienrechtlicher Organschaft, in: SAG 53 (1981) 81 ff
- Edelmann, Arnold: Der unberechtigte Empfang von Liquidationsanteilen, in: SAG 16 (1943/44) 89 ff, 109 ff
- Elmer, Edwin: Die Bedeutung des Sperrjahres bei der Aktiengesellschaft, in: SJZ 26 (1929/30) 177 ff
- Fleiner-Gerster, Thomas: Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts (2.A. Zürich 1980)
- Folliet, Edouard: Liquidation de la société anonyme. Les art. 660, 661, 745 du Code Civil et leur répercussion sur la comptabilité, in: SemJud 72 (1950) 385 ff
- Folliet, Edouard: Répartition dans les S.A. des bénéfices et des pertes en l'absence de disposition statutaire, in: SAG 19 (1946/47) 182 ff
- Forstmoser, Peter: Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit. Die Haftung der mit der Verwaltung, Geschäftsführung, Kontrolle und Liquidation einer AG betrauten Personen (Zürich 1978 = SSHW 30) (zit. Forstmoser, Verantwortlichkeit)
- Forstmoser, Peter: Schweizerisches Aktienrecht, Bd I/Lieferung 1: Grundlagen, Gründung und Änderungen des Grundkapitals (Zürich 1981) (zit. Forstmoser, Aktienrecht)
- Forstmoser, Peter/Meier-Hayoz, Arthur: Einführung in das schweizerische Aktienrecht (2.A. Bern 1980)
- Frey, Ernst: Die Prüfungspflicht des Handelsregisterführers nach schweizerischem Recht (Diss Basel 1941, MaschSchr)
- Fuhrer, Hans: Die Abberufung und die Demission der Organe der Aktiengesellschaft, insbesondere der Mitglieder des Verwaltungsrates nach schweizerischem Recht (Diss Basel 1958, MaschSchr)
- Funk, Fritz: Kommentar des Obligationenrechts (2. Bd Aarau 1951)
- Gehrig, Pierre-Olivier: Faktische Organe im Gesellschaftsrecht unter Berücksichtigung der strafrechtlichen Folgen (Diss St. Gallen 1979 = SSHW 34)

- Giroud, Roger: Die Konkurseröffnung und ihr Aufschub bei der Aktiengesellschaft (Diss Zürich 1980 = SSHW 50)
- von Greyerz, Christoph: Die Verantwortlichkeit der aktienrechtlichen Kontrollstelle, in: Rechtsgrundlagen und Verantwortlichkeit des Abschlussprüfers (Zürich 1980 = Schriftenreihe der Schweiz. Treuhand- und Revisionskammer 45) 51 ff (zit. v. Greyerz, aktienrechtliche Kontrollstelle)
- von Greyerz, Christoph: Solidarität der Haftung von Verwaltung und Kontrollstelle im Rechtsvergleich, Treuhänder 50 (1976) Heft 9, 14 ff (zit. v. Greyerz, Solidarität)
- Grisel, André: Droit administratif suisse (Neuchâtel 1970)
- Gubler, Ed.: Liquidation einer "AG in Liquidation" ohne Liquidationsorgane, in: SAG 25 (1952/53) 57 ff
- Guhl, Theo/Merz, Hans/Kummer, Max: Das schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts (7. bereinigte und neu bearbeitete A. Zürich 1980) 601 ff
- Guldener, Max: Schweizerisches Zivilprozessrecht (3.A. Zürich 1979)
- Gutzwiller, Max: Das Recht der Verbandspersonen, Grundsätzliches, in: Schweiz. Privatrecht Bd II (Basel/Stuttgart 1967) 425 ff (zit. Gutzwiller, Verbandspersonen)
- Gutzwiller, Max: Die Genossenschaft, Zürcher Kommentar, Bd V/6, 2. Halbband (OR 879–926, Zürich 1974) (zit. Gutzwiller OR)
- Hagmann, Werner: Das Mitwirkungs- und Eingriffsrecht des Richters im Bereiche der Aktiengesellschaft (Diss Bern 1939 = ASR 163)
- Heberlein, Robert: Die Kompetenzausscheidung bei der Aktiengesellschaft in Liquidation unter Mitberücksichtigung der Kollektivgesellschaft nach schweizerischem Recht (Diss Zürich 1969)
- Helbling, Carl: Unternehmungsbewertung und Steuern, mit besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse in der Schweiz und in der Bundesrepublik Deutschland (3.A. Düsseldorf 1979 = Schriftenreihe der Schweiz. Treuhand- und Revisionskammer 10)
- Hery, Robert: Die Auflösungsklage aus mangelhafter Gründung der Aktiengesellschaft (Diss Freiburg i. Ue. 1928)
- Hirsch, Alain: L'organe de contrôle dans la société anonyme (Thèse Genève 1965)
- His, Eduard: Handelsregister, Geschäftsfirmen und kaufmännische Buchführung, Berner Kommentar Bd VII/4 (OR 927–964, Bern 1940)
- Hunziker, Arthur: Pflichterfüllung und Pflichtverletzung der Kontrollstelle, in: Rechtsgrundlagen und Verantwortlichkeit des Abschlussprüfers (Zürich 1980 = Schriftenreihe der Schweiz. Treuhand- und Revisionskammer 45) 23 ff
- Hürlimann, Werner: Liquidation der Unternehmung – die "endgültige Finanzierungsart", in: Industrielle Organisation 44 (1975) Nr. 8, 376 ff

- Imboden, Max/Rhinow René A.: Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung Bd I: Allgemeiner Teil (5. neubearbeitete und erweiterte A. Basel/Stuttgart 1976)
- Janggen, A./Becker, Hermann: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Berner Kommentar Bd VII/3 (OR 772–827, Bern 1939)
- Käfer, Karl: Die kaufmännische Buchführung (Art. 957–964 OR), Berner Kommentar Bd VIII/2 Lfg. 1: Grundlagen und Kommentar zu Art. 957 OR (Bern 1976); Lfg. 2: Kommentar zu Art. 958–960 OR (Bern 1980)
- Känzig, Ernst: Die eidgenössische Wehrsteuer, Die eidgenössischen Steuern, Zölle und Abgaben Bd 4 (Basel 1962) (zit. Känzig WStB)
- Känzig, Ernst: Die eidgenössische Wehrsteuer, Ergänzungsband, Die eidgenössischen Steuern, Zölle und Abgaben Bd 4a (2. überarbeitete A. Basel 1972) (zit. Känzig Ergänzungsband)
- Krebs, S.: Administrative Massnahmen gegenüber einer Aktiengesellschaft, die nicht denjenigen Zweck verfolgt, den sie in den Statuten und in der Firma bezeichnet, in: SAG 3 (1930/31) 137 ff
- Kunz, Hans Rudolf: Löschung und Wiedereintragung von Handelsgesellschaften im Handelsregister (Diss Bern 1942)
- Lehner, Georg Rudolf: Die Verantwortlichkeit der Leitungsorgane von Aktiengesellschaften in rechtsvergleichender und internationalprivatrechtlicher Sicht (Diss Basel 1981 = SSHW 54)
- Liniger, Hans Ulrich: Die Liquidation der Genossenschaft (Diss Zürich, erscheint 1982 oder 1983)
- Locher, Kurt: Die rechtliche Stellung und der Schutz der Gesellschaftsgläubiger im schweizerischen Aktienrecht (Diss Bern 1941)
- Masshardt, Heinz: Wehrsteuerkommentar (Zürich, Ausgabe 1980)
- Maurer, Franco: Das Recht auf den Liquidationsanteil bei der Aktiengesellschaft (Diss Bern 1951)
- Maurer, Robert: Die Kognition des Handelsregisterführers (Diss Zürich 1941)
- Meier-Hayoz, Arthur: Die richterliche Ernennung von Liquidatoren bei der Aktiengesellschaft (Art. 741 OR), in: SJZ 46 (1950) 213 ff
- Mengiardi, Peider: Statutarische Auflösungsgründe im Recht der Aktiengesellschaft, Art. 736 Ziff. 1 OR, in: Lebendiges Aktienrecht, Festgabe zum 70. Geburtstag von Wolfhart Friedrich Bürgi (Zürich 1971) 265 ff
- Mettler, Jakob: Die Bestellung und Abberufung von Liquidatoren der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft, sowie der Aktiengesellschaft (Diss Zürich 1929)
- Metzler, Charles: Die Auflösungsgründe im Bereich der Aktiengesellschaft (Diss Bern 1952)
- Morant, Albert: Die Gründung der Aktiengesellschaft nach neuem Recht, insbesondere Gründerverantwortlichkeit und Auflösungsklage (Diss Bern 1939)

Naymark, G.-A.: Ordonnance sur le Registre du commerce (Lausanne 1964)
 Oftinger, Karl: Schweiz. Haftpflichtrecht, Bd I: Allgemeiner Teil (4.A. Zürich 1975)

Patry, Robert: Précis de droit suisse des sociétés, Vol. II: La société anonyme, Les sociétés mixtes (Bern 1977)

Pfund, Robert W.: Die eidgenössische Verrechnungssteuer, Die eidgenössischen Steuern, Zölle und Abgaben Bd 5 (Basel 1971)

Pinösch, Jon: Die rechtliche Stellung des Liquidators einer Kollektiv- und Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht (Diss Zürich 1936)

Pinösch, Otto: Aus welchen Gründen kann die Aktiengesellschaft aufgelöst werden? — nach schweizerischem Recht, unter besonderer Berücksichtigung des französischen, deutschen und italienischen Rechts (Diss Basel 1946, MaschSchr)

pk: Die Aktiengesellschaft in Liquidation, in: SAG 29 (1956/57) 77 ff

pk: Wann wird eine Aktiengesellschaft aufgelöst?, in: SAG 29 (1956/57) 53 ff
 von Planta, Jean-Louis: Die rechtliche Behandlung des Aktienmantels (Diss Basel 1976)

Reimann, August/Zuppinger, Ferdinand/Schärer, Erwin: Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, Bd II (§§ 19–32 StG, Bern 1963); Bd III (§§ 33–134 StG, Bern 1969)

Revisionshandbuch der Schweiz, hg. von der Schweiz. Treuhand- und Revisionskammer (Bd I Zürich 1971, Bd II Zürich 1979)

Rivier, Jean-Marc: Droit fiscal suisse. L'imposition du revenu et de la fortune (Neuchâtel 1980)

Schaub, Marc-Antoine: Les effets de la radiation et de la réinscription d'une société anonyme au registre du commerce, in: SAG 32 (1959/60) 185 ff

Schluep, Walter René: Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht (Diss St. Gallen 1955)

Schneider, Thomas: Der Rechtsschutz in Handelsregistersachen und die Entscheidungskompetenz der Handelsregisterbehörden (Diss Zürich 1959)

Schönenberger, Wilhelm/Jäggi, Peter: Das Obligationenrecht, Zürcher Kommentar Bd V/1a (Einleitung und Kommentierung von Art. 1–17, Zürich 1973)

Schucany, Emil: Kommentar zum Schweizerischen Aktienrecht, Schweizerisches Obligationenrecht, 26. und 27. Titel: Die Aktiengesellschaft und Kommanditaktiengesellschaft (2. neu bearbeitete A. Zürich 1960) (zit. Schucany OR)

Schucany, Emil: Die Rückerstattung ungerechtfertigterweise bezogener Liquidationsanteile im Aktienrecht, in: SAG 18 (1945/46) 66 ff (zit. Schucany, SAG 18)

- Schultz, Günther: Das Mandat der Kontrollstelle im Liquidationsstadium der AG, in: Treuhänder 42 (1968) Heft 3, 104 ff
- Schumacher, Iso: Beistandschaft in der AG (Diss Zürich 1981 = ZStP 18)
- Siegwart, Alfred: Die Aktiengesellschaft, Zürcher Kommentar Bd V/5a, Allgemeine Bestimmungen (OR 620–659, Zürich 1945)
- Stahelin, Peter: Die Rückgründung aufgelöster Gesellschaften oder Genossenschaften, in: BJM 1973, 217 ff
- Stampa, Ulrich: Sammlung von Entscheiden des Bundesrates und seines Justiz- und Polizeidepartementes in Handelsregistersachen (Bern 1923)
- von Steiger, Fritz: Das Recht der AG in der Schweiz (4.A. Zürich 1970) (zit. F. v. Steiger, Recht der AG)
- von Steiger, Fritz: Prüfung und Eintragung der Aktiengesellschaft beim Handelsregister (Zürich 1937) (zit. F. v. Steiger, Prüfung)
- von Steiger, Fritz: Rechtsfragen betr. die Aktiengesellschaft in Liq., in: SAG 22 (1949/50) 40 ff (zit. F. v. Steiger, SAG 22)
- von Steiger, Werner: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zürcher Kommentar Bd V/5c (OR 772–827, Zürich 1965) (zit. W. v. Steiger OR)
- von Steiger, Werner: Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1965, in: ZBJV 103 (1967) 113 ff (zit. W. v. Steiger, ZBJV 103)
- von Steiger, Werner: Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1958, in: ZBJV 96 (1960) 1 ff (zit. W. v. Steiger, ZBJV 96)
- Stratenwerth, Günter: Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen (2.A. Bern 1978)
- von Tuhr, Andreas/Peter, Hans: Allgemeiner Teil des Schweiz. OR Bd I (3.A. Zürich 1974 und 1979)
- Vischer, Frank: Zur Stellung und Verantwortung des Verwaltungsrates in der Grossaktiengesellschaft, in: Die Verantwortung des Verwaltungsrates in der AG (Zürich 1978 = SSHW 29) 71 ff
- Weber, Hans: Formelle Voraussetzungen statutenändernder Beschlüsse der Aktiengesellschaft (Diss Zürich 1953)
- Weiss, Gottfried: Zum schweizerischen Aktienrecht (Bern 1956, Nachdruck 1968 = ASR 385)
- Wettstein, Georg: Die nicht voll einbezahlte Aktie (Diss Zürich 1948)
- Widmer, Mathias: Mandat der Kontrollstelle einer AG in Liquidation, in: Treuhänder 54 (1980) Heft 4, 6 ff (zit. Widmer, Mandat)
- Widmer, Mathias: Rolle der Kontrollstelle bei stiller Liquidation einer AG, in: Treuhänder 54 (1980) Heft 5, 12 ff (zit. Widmer, Stille Liquidation)
- Wieland, Alfred: Die Rechte der Aktiengesellschaft und ihrer Gläubiger gegenüber den Aktionären im Falle rechtswidriger Bezüge aus dem Gesellschaftsvermögen, in: SJZ 46 (1950) 229 ff

Yersin, Danielle: Apports et retraits de capital propre et bénéfice imposable
(Thèse Lausanne 1977)

Zellweger, Hans-Jakob: Haftungsbeschränkung und Solidarhaftung im Verantwortlichkeitsrecht der AG (Diss Bern 1972 = ASR 413)

ABKÜRZUNGEN

A.	Auflage
a. A.	am Anfang
Abs.	Absatz
a. E.	am Ende
AG	Aktiengesellschaft
a. M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung, Fussnote
aOR	altes Obligationenrecht = Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14.7.1881
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen (Bern)
ASA	Archiv für schweizerisches Abgaberecht (Bern)
ASR	Abhandlungen zum schweizerischen Recht (Bern)
BankG	Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8.11.1934
BBl	Schweizerisches Bundesblatt (Bern)
Bd	Band
Berner Kommentar	Kommentar zum schweizerischen Privatrecht (Bern)
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtes (Lausanne)
BGer	Bundesgericht
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Basel)
BS	Bereinigte Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen 1848–1947 (Bern)
CO	Code des Obligations
ders.	derselbe (Autor)
Diss	Dissertation
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GV	Generalversammlung
HR	Handelsregister

HRV	Verordnung über das Handelsregister vom 7.6.1937
i. S.	in Sachen
Lfg	Lieferung
Lit.	Literatur
lit.	litera
MaschSchr	Maschinenschrift, Vervielfältigung
m.E.	meines Erachtens
m.W.	meines Wissens
N	Note, Randnote
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16.12.1943
OR	Obligationenrecht vom 30.3.1911/18.2.1936
Praxis	Die Praxis des Bundesgerichtes (Basel)
ProtExp	Protokoll der Expertenkommission für die Revision der Titel 24 bis 33 des Obligationenrechts (1928)
S.	Seite
s.	siehe
S.A.	société anonyme
SAG	Schweizerische Aktiengesellschaft, Zeitschrift für Handels- und Wirtschaftsrecht (Zürich)
SemJud	La Semaine judiciaire (Genf)
SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt (Bern)
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek (Genf)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
SOG	Solothurnische Gerichtspraxis (Solothurn)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (Bern)
SSHW	Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht (Zürich)
StenBull NR/StR	Amtliches Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat/Ständerat (Bern)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21.12.1937
StV	Verordnung über die Stempelabgaben vom 3.12.1973
SUB	Schluss- und Übergangsbestimmungen zum OR
Treuhänder	Der Schweizer Treuhänder, Monatszeitschrift für Revision, Rechnungswesen und Beratung (Zürich)
VR	Verwaltungsrat
VStG	Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer vom 13.10.1965
VStV	Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer vom 19.12.1966

WStB	Bundesratsbeschluss über die Erhebung einer Wehrsteuer vom 9.12.1940 (ab 1.1.1983 Bundesratsbeschluss über die Erhebung einer direkten Bundessteuer = BdSt)
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (Zürich)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung (Zürich)
ZBR	Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft (Zürich)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907
ZPO	Zivilprozessordnung
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
ZStG	Zürcher Gesetz über die direkten Steuern vom 8.7.1951, Fassung gemäss Bereinigungsgesetz vom 5.4.1981, in Zürcher Gesetzessammlung 1981 Bd IV 631.1
ZStP	Zürcher Studien zum Privatrecht (Zürich)
Zürcher Kommentar	Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch und Obligationenrecht (Zürich)

VORWORT

Die etwas ungewöhnliche Problematik eines ungesetzlichen, jedoch offenbar einem praktischen Bedürfnis entsprechenden und weitgehend tolerierten Vorgehens, hat mich auf Veranlassung von Herrn Prof. Forstmoser dazu bewogen, über die stille Liquidation zu schreiben.

Herrn Prof. Forstmoser möchte ich an dieser Stelle ganz herzlich danken für die interessante und grosszügige Gestaltung der Assistentenzeit, die mir auch dank seiner anspornenden Initiative und Begeisterungsfähigkeit in bester Erinnerung bleiben wird.

EINFÜHRUNG

Die Durchführungsmodalitäten der Liquidation bei der Aktiengesellschaft sind im Obligationenrecht (OR 736 ff) ausführlich geregelt. Häufig werden die gesetzlichen Vorschriften aber übergangen und die Gesellschaften ohne die vorgeschriebenen Publikationen liquidiert. Im Schweizerischen Handelsamtsblatt findet sich dann nach der Löschung der Gesellschaft die Notiz: "X. AG. Die Gesellschaft wurde gemäss öffentlicher Urkunde durch Generalversammlungsbeschluss vom ... aufgelöst. Die Liquidation ist durchgeführt, die Firma erloschen." Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, die Legalität und die Opportunität eines solchen Vorgehens zu prüfen.

Vorteile werden von der stillen Liquidation insbesondere erhofft im Hinblick auf die Verkürzung des Liquidationsverfahrens und die Höhe des Liquidationsergebnisses; weitverbreitet ist auch die Ansicht, sie bringe steuerliche Erleichterungen. Befürchtungen hegen vor allem die Kontrollstellen, die unsicher sind über das ihnen auferlegte pflichtgemässe Handeln bei stiller Liquidation.

Zur Abklärung der verschiedenen, durch die stille Liquidation aufgeworfenen Fragen schien es sinnvoll, vorerst das gesetzliche Liquidationsverfahren in einer Übersicht darzustellen. Bei der nachfolgenden Behandlung der stillen Liquidation wird sodann auf die Abweichungen und deren Konsequenzen eingegangen. Als Vervollständigung der Arbeit folgen ein Überblick der steuerrechtlichen Aspekte der Beendigung und eine Zusammenfassung mit rechtspolitischen Hinweisen.

1. Kapitel:

ÜBERSICHT ÜBER DAS GESETZLICHE LIQUIDATIONS- VERFAHREN

§ 1 Eintritt ins Liquidationsstadium: Auflösung

I. Begriff der Auflösung und Auflösungsgründe

1. Begriff

Die Auflösung bezeichnet den Übergang der Gesellschaft vom werbenden ins Stadium der Beendigung¹. Sie ist somit eine Anordnung², mit der der Gesellschaft ungeachtet ihrer "sonstigen vertraglichen oder statutarischen Zielsetzung, der Liquidationszweck übergeordnet"³ wird⁴. Die Auflösung im Sinne des Gesetzes ist nicht ein Zustand, sondern ein Moment⁵, ein Wendepunkt: Im Moment der Auflösung hört die Gesellschaft auf, eine werbende zu sein und besteht nur noch zum Zwecke der endgültigen Abwicklung ihrer Geschäfte.

1 Heberlein 2; Peter Forstmoser: Schweizerisches Aktienrecht, Manuskript Bd I/Lieferung 2, § 17 I. lit. a; F. v. Steiger, Recht der AG 330; Giroud 6; Gutzwiller OR 913 N 1.

2 Budliger 15.

3 Diethelm 7.

4 Im Gesetz sind vier Fälle der Beendigung ohne Liquidation vorgesehen, mit denen sich aber die vorliegende Arbeit nicht näher befasst: Fusion OR 748 ff, Verstaatlichung OR 751, Umwandlung in eine GmbH OR 824 ff und Sitzverlegung ins Ausland HRV 51, ein Spezialfall der "Beendigung" wenigstens aus der Sicht des schweizerischen Rechts (dazu etwa BGE 95 I 60; ferner Konrad Bloch: Sitzverlegungen von Aktiengesellschaften ins Ausland, SJZ 48 (1952) 245; Forstmoser, Aktienrecht § 4 Anm. 294).

5 Heberlein 2; Mettler 10.

In Lehre und Praxis wird der Begriff der Auflösung oft weiter gefasst als im Gesetz, was zum Teil zu etwelcher terminologischer Verwirrung führt⁶. Zuweilen wird der ganze Prozess der Beendigung “Auflösung” oder “Auflösungsstadium”, statt genauer “Liquidationsstadium” genannt⁷ oder unter “tatsächlicher Auflösung” die Einstellung der Tätigkeit einer fertig liquidierten Gesellschaft verstanden⁸. Im allgemeinen Sprachgebrauch bedeutet “Auflösung” etwa Zerfall, Zersetzung, Beendigung. Die effektive Zersetzung der Gesellschaft, die Abwicklung der hängigen Geschäfte und die Verflüssigung des Vermögens wird aber vom Gesetz differenziert “Liquidation” genannt und ist eine Folge, nicht ein Teil der Auflösung.

Um Klarheit über das gesamte Beendigungsverfahren zu erhalten, das die Auflösung, das Liquidationsstadium und die Löschung umfasst, ist es unabdingbar, dessen einzelne Stufen begrifflich streng auseinander zu halten. In Anlehnung an die Terminologie des Gesetzgebers wird in der vorliegenden Arbeit der Begriff “Auflösung” ausschliesslich für den *Moment* des Übergangs der Gesellschaft in den neuen Zustand der Liquidation, d.h. für den *Eintritt* ins Liquidationsstadium gebraucht.

2. Auflösungsgründe

Eine Aufzählung der wichtigsten Auflösungsgründe enthält OR 736: Ziff. 1 nennt diesbezügliche Statutenbestimmungen; Ziff. 2 einen entsprechenden Generalversammlungsbeschluss; Ziff. 3 die Konkurseröffnung⁹; Ziff. 4 ein richterliches Urteil, wonach die Gesellschaft aus wichtigen Gründen aufzulösen ist. Des weiteren verweist OR 736 Ziff. 5 auf andere vom Gesetz vorgesehene Fälle¹⁰. Es sind dies OR 625 II (Auflösung wegen Fehlens der nötigen Organe oder Mitglieder), OR 643 III (Gründungsmängel), OR 711 IV (Fehlen schweizerischer Verwaltungsräte), ZGB 57 III (unsittlicher oder widerrechtlicher Gesellschaftszweck), SUB 14 IV (Nichtanpassung der Statuten einer ausländischen Gesellschaft nach Transfer in die Schweiz), HRV 88bis (fehlendes Domizil).

⁶ Vgl. schon Mettler 10.

⁷ Vgl. etwa Heberlein 2, der mit dem Begriff “Auflösung im weiteren Sinne” das ganze Beendigungsstadium erfasst.

⁸ Vgl. z.B. BGE 55 I 136.

⁹ Erfolgt die Auflösung durch Konkurs, wird eine Zwangsliquidation durchgeführt, vgl. etwa Heberlein 3; Forstmoser (zit. Anm. 1) § 17 IV. Da es sich bei der stillen Liquidation um eine “freiwillige” Liquidation handelt, erübrigen sich hier weitere Ausführungen zu OR 736 III.

¹⁰ Dazu etwa F.v. Steiger, Prüfung 81 ff.

Vereinzelt statuieren auch Spezialgesetze ihre eigenen Auflösungsgründe¹¹, auf die jedoch hier nicht näher eingegangen werden kann.

Die “Anordnung”, nach welcher dem statutarischen der Liquidationszweck übergeordnet wird¹² erfolgt:

- durch die Statuten (OR 736 Ziff. 1)¹³
- durch die Generalversammlung (OR 736 Ziff. 2 und informell bei Dereliktion der Gesellschaft)¹⁴
- durch den Richter (durch Urteil auf Klage in den Fällen von OR 736 Ziff. 3 und 4, OR 625 II, OR 643 III, ZGB 57 III)¹⁵
- durch den Handelsregisterführer, respektive die Aufsichtsbehörde (von Amtes wegen bei OR 711 IV, SUB 14 IV und HRV 88 bis)¹⁶.

II. Massgeblicher Zeitpunkt für den Eintritt der Auflösung

1. Allgemeines

Dass der Eintritt ins Beendigungsstadium mit der Anordnung der Auflösung vollzogen wird, ist in Lehre und Praxis kaum umstritten. Die Anordnung ist demnach konstitutiv¹⁷, der von OR 737 in Verbindung mit HRV 33 I vorgeschriebene Eintrag im Handelsregister¹⁸ rein deklaratorisch¹⁹. Bei einigen Auflösungsgründen stellt sich aber die Frage, wann genau dieser konstitutive Übergang ins Liquidationsstadium stattfindet.

11 Vgl. etwa BankG 23quinquies II. Dazu Forstmoser (zit. Anm. 1) § 17 VIII.

12 Vgl. vorn bei Anm. 2.

13 Vgl. sogleich II. 2.

14 Vgl. nachstehend II. 3, 7.

15 Vgl. nachstehend II. 4.

16 Vgl. nachstehend II. 5.

17 BGE 91 I 445.

18 Vgl. dazu nachstehend nach Anm. 110.

19 Gutgläubigen Dritten kann jedoch die Auflösung erst nach dem HR-Eintrag entgegengehalten werden, vgl. Bertsch 177 Anm. 22; Bürgi OR 737 N 8; ferner Werner Gerhard: Die Änderung von Zweck und Gegenstand im schweizerischen sowie im deutschen und französischen Aktienrecht (Diss Zürich 1957) 66; a. M. Weber 86 ff und W. v. Steiger, ZBJV 96, 7 ff. Zur Wirksamkeit von Statutenänderungen vgl. Siegwart OR 647 N 13 f.

2. Bei Auflösung aus statutarischen Gründen

a) Bei Erfüllung des statutarischen Auflösungsgrundes wird die Gesellschaft *eo ipso aufgelöst*, d.h. ohne weiteres Zutun der Organe²⁰ tritt sie ins Liquidationsstadium ein.

b) Es stellt sich nun in der Praxis die Frage, ob dieser Eintritt ins Beendigungsstadium definitiv sei oder ob u.U. auch nach Erfüllung des statutarischen Auflösungsgrundes eine *Fortsetzung der geschäftlichen Tätigkeit* zulässig wäre. Nachdem es unbestrittenermassen jederzeit möglich ist, vor Eintritt des Auflösungsgrundes diesen durch eine Statutenänderung aufzuheben²¹, ist noch unklar, ob auch nach Realisierung des Beendigungsgrundes ein Beschluss auf Fortsetzung der Gesellschaft gefasst werden kann.

Nach einem Schreiben des Eidgenössischen Amtes für Handelsregister kann ein Fortsetzungsbeschluss gefasst werden, wenn "die tatsächlich nicht liquidierte Gesellschaft ihre Auflösung beim Ablauf der Frist nicht gewollt hat und nur die rechtzeitige Beschlussfassung über die Fortsetzung unterblieben ist"²². Dieser Meinung schliesst sich die heute wohl herrschende Lehre an²³. Unbeachtlich ist nach Forstmoser²⁴, ob die Auflösung im Handelsregister eingetragen und im SHAB publiziert worden ist²⁵, sondern massgeblich einzig, ob die Gesellschaft bereits auf die Beendigung hinzielende²⁶ Liquidationshandlungen vorgenommen hat²⁷.

Das Bundesgericht hatte noch nie Gelegenheit, sich zu dieser Frage zu äussern, denn nur selten enthalten Statuten einer AG spezifische Auflösungsgründe²⁸. Im Lichte der Rechtsprechung zum Widerruf des Auflösungsbeschlusses

20 Forstmoser (zit. Anm. 1) § 17 II.4.lit.a und III. 1.lit.c; F. v. Steiger, Recht der AG 64, 328; Patry, Précis II 266; Beck 94. Bürgi OR 736 N 2, Janggen/Becker OR 820 N 3, Metzler 4 und pk, SAG 29, 53 verlangen allerdings zur Anmeldung im Handelsregister eine "Feststellung" der Auflösung, die jedoch m.E. nur rein fakultativer Natur sein kann.

21 Forstmoser (zit. Anm. 1) § 17 II.5.lit.a; Bürgi OR 736 N 5; Budliger 44.

22 Eidg. Amt für Handelsregister in SJZ 30 (1933/34) 105 f = SAG 5 (1932/33) 142.

23 Vgl. Forstmoser (zit. Anm. 1) § 17 XI.2; Bürgi OR 736 N 6; F. v. Steiger, Recht der AG 64 f; Schucany OR 736 N 2; pk, SAG 29, 53; Patry, Précis II 266. A.M. wohl Diethelm 10.

24 Zit. Anm. 1, § 17 XI.1.lit.f bb.

25 So wohl auch Bürgi OR 736 N 6, der die Fortsetzung der Gesellschaft zulassen will, solange sie im Handelsregister noch nicht gelöscht worden ist. A.M. Budliger 47 ff, 55.

26 Zur Abgrenzung von Teilliquidationen vgl. nach Anm. 101 und § 8 vor Anm. 123.

27 Forstmoser (zit. Anm. 1) § 17 XI.1.lit.f cc; Bürgi OR 736 N 6.

28 Als Beispiele statutarischer Auflösungsgründe nennt F. v. Steiger, Recht der AG 328 etwa Zeitablauf, Kriegsausbruch, Tod eines Aktionärs, teilweiser Verlust des Aktienkapitals, Nichterneuerung einer Konzession. Vgl. dazu auch Forstmoser (zit. Anm. 1) § 17 II.1.lit.b; Mengiardi 276 ff.

ses der Generalversammlung und ihrer Begründung²⁹, scheint allerdings unwahrscheinlich, dass das Bundesgericht ein Zurückkommen auf eine Auflösung aus statutarischen Gründen zulassen wird. In BGE 91 I 445 erklärt es ausdrücklich: “Der Übergang ins Liquidationsstadium hängt nach dem Gesetz auch nicht davon ab, dass mit der Durchführung der Liquidation begonnen wird.” Es ist deshalb davon auszugehen, dass mit der Erfüllung des statutarischen Auflösungsgrundes die Gesellschaft unwiderruflich aufgelöst ist.

3. Bei Generalversammlungsbeschluss

a) Zu unterscheiden sind vorerst formell einwandfreie Auflösungsbeschlüsse und solche, die unter Missachtung der Vorschriften über die öffentliche Beurkundung gefasst wurden:

aa) Unproblematisch ist der Übergang ins Liquidationsstadium bei formeller Auflösung durch die Generalversammlung³⁰. Die *Liquidation beginnt* dabei in der Regel *mit dem formell gültigen*³¹ und öffentlich beurkundeten *GV-Beschluss*³². Zulässig ist es, die Auflösung auf einen bestimmten oder unbestimmten Termin festzulegen³³ oder aber einen bedingten Beschluss zu fassen, der die Auflösung vom Eintreffen einer bestimmten Sachlage abhängig macht³⁴.

bb) OR 11 sieht für Verträge, bei denen eine spezielle Form vorgeschrieben ist, Nichtigkeit im Falle der Missachtung vor. Ob sich diese Konsequenz auch für der öffentlichen Beurkundung unterstellte GV-Beschlüsse aufdrängt, ist umstritten³⁵.

29 Vgl. nachstehend bei Anm. 58 ff.

30 Zuständig zur Beschlussfassung ist immer nur die GV, die nicht befugt ist, diese einem anderen Organ zu überbinden. Vgl. etwa Bürgi OR 736 N 7; F. v. Steiger, Recht der AG 329.

31 Zu den Formvorschriften vgl. F. v. Steiger, Recht der AG 328 f; Bürgi OR 736 N 13; Budliger 45; Forstmoser (zit. Anm. 1) § 17 III.2.lit.a ff mit Hinweisen.

32 BGE 91 I 445.

33 Forstmoser (zit. Anm. 1) § 17 III.3.lit.b; O. Pinösch 41; F. v. Steiger, Recht der AG 329; Patry, Précis II 268; Bürgi OR 736 N 12.

34 Bürgi OR 736 N 11 führt als Beispiel den Beschluss an, nach dem nur aufgelöst werde, wenn das Unternehmen zu einem festgesetzten Preis abgesetzt werden könne oder etwa, wenn die vorgesehene Umwandlung einer AG in eine GmbH zustande käme. Vgl. dazu auch O. Pinösch 42; F. v. Steiger, Recht der AG 329; Patry, Précis II 268; Funk OR 736 N 1; Forstmoser (zit. Anm. 1) § 17 III.3.lit.b; Diethelm 67.

35 F. v. Steiger, Recht der AG 204.

Bejaht wurde die Nichtigkeit zwar in zwei Fällen, wo die Eintragung einer nicht öffentlich beurkundeten *Statutenänderung* verweigert worden war³⁶. Dies präjudiziert jedoch nicht die Frage, ob ein mangels öffentlicher Beurkundung nicht eintragbarer *Auflösungsbeschluss* nichtig oder nur anfechtbar ist³⁷.

Zwingende gesetzliche Formvorschriften dienen hauptsächlich folgenden Zwecken:

- dem Schutz der Vertragschliessenden, indem ihnen dadurch die Tragweite des Geschäftes zum Bewusstsein gebracht werden soll³⁸
- der Rechtssicherheit als Beweismittel³⁹
- dem öffentlichen Interesse, da das Vorliegen der Urkunde als Beweismittel die Rechtspflege vereinfacht und die Führung öffentlicher Register erleichtert⁴⁰.

Im Aktienrecht hat die öffentliche Beurkundung nicht dieselbe Zielsetzung wie im Vertragsrecht. Während im Vertragsrecht der Schutz der Parteien vor Übervorteilung im Vordergrund steht, soll im Gesellschaftsrecht die Urkundsperson “zur einwandfreien Durchführung der Dinge beitragen”⁴¹. Die Urkunde ist auch für die Rechtssicherheit als Beweismittel nicht vonnöten, da für die Belange der Gesellschaft das von der Verwaltung nach OR 702 zu führende Generalversammlungsprotokoll genügt⁴². Hingegen ist die öffentliche Urkunde für den Registereintrag von Bedeutung, da sie dazu beitragen kann, die Eintragung ungültiger Beschlüsse zu vermeiden⁴³. Die Beurkundung von Statutenänderungen und Auflösungsbeschluss ist demnach nicht deshalb zwingend vorgeschrieben, weil sie die Aktionäre vor Übervorteilung schützen oder der Rechtspflege als Beweismittel dienen soll, sondern um die korrekte Beschlussfassung zu garantieren⁴⁴.

Nichtigkeit eines Beschlusses ist die Ausnahme⁴⁵ und wird nur dann angenommen, wenn eine verletzte Norm zur Wahrung öffentlicher Interessen erlassen wurde, nicht jedoch, wenn nur private Aktionärsinteressen geschützt sind⁴⁶.

36 ZBJV 72 (1936) 502 ff; SJZ 39 (1942/43) 248. Vgl. ferner BGE 55 II 100, wo die Verwaltung überhaupt ohne entsprechenden statutenändernden Beschluss während Jahren eine über den Gesellschaftszweck hinausgehende Tätigkeit entfaltete.

37 Die Auflösung gilt nicht als Statutenänderung, vgl. dazu nachstehend nach Anm. 112.

38 Schönenberger/Jäggi OR 11 N 45.

39 Schönenberger/Jäggi OR 11 N 46.

40 Schönenberger/Jäggi OR 11 N 47.

41 Siegwart OR 637 N 2.

42 W. v. Steiger, ZBJV 96, 9 f.

43 Der Registerführer ist verpflichtet, in diesen Fällen die Anmeldung zurückzuweisen. Vgl. statt vieler Forstmoser, Aktienrecht § 11 N 54, 83.

44 So auch Urs Gaudenz Frei: Nichtige Beschlüsse der Generalversammlung der Aktiengesellschaft (Diss Zürich 1962) 59.

45 Forstmoser/Meier-Hayoz § 21 N 17.

46 Vgl. statt vieler Bürgi OR 706 N 8.

Es besteht kein öffentliches Interesse an korrekter Beschlussfassung durch die Generalversammlung. Formverletzungen bei GV-Beschlüssen führen denn auch nur dann zur Nichtigkeit, wenn die Aktionäre nicht die Möglichkeit hatten, an einer korrekt zustandegekommenen Generalversammlung zu stimmen und danach allenfalls ihre Interessen mit einer Anfechtungsklage geltend zu machen⁴⁷. Von öffentlichem Interesse ist jedoch die Wahrheit des Registereintrags, denn dieser soll möglichst keine nicht rechtskonformen Verhältnisse wiedergeben. Dazu kann die Beurkundung beitragen, denn die Teilnahme eines Notars an der Beschlussfassung bietet eine gewisse Gewähr dafür, dass der Beschluss formell korrekt gefasst worden und nicht ungültig ist. Die Urkundsperson kann zwar Widerrechtlichkeiten nicht verhindern, jedoch in der Urkunde darauf hinweisen⁴⁸, was die Eintragungsprüfung des Registerführers erleichtert⁴⁹. Die Beurkundung erfolgt demnach im Hinblick auf die Eintragung im öffentlichen Interesse, denn sie dient der Erhaltung der Registerwahrheit und somit dem Gläubigerschutz.

In der Lehre wird nun unterschieden zwischen Statutenänderungen mit reiner Aussenwirkung, wie etwa die Änderung der Firma, für die die Eintragung konstitutiv ist⁵⁰, solchen, die sowohl Innen- wie auch Aussenwirkung zeigen und gleichfalls gegenüber den Gesellschaftern wie auch gegenüber Dritten erst mit der Eintragung wirksam werden⁵¹ und Änderungen mit reiner Innenwirkung, bei denen die Beschlussfassung konstitutiv ist, die jedoch, wenn die Eintragung dauernd unterbleibt, rückgängig zu machen sind⁵².

Von all diesen Fällen unterscheidet sich der Auflösungsbeschluss, der keine Statutenänderung darstellt, jedoch wie eine solche behandelt wird⁵³. Er ist nach herrschender Lehre konstitutiv, die Eintragung rein deklaratorisch⁵⁴. Der Auflösungsbeschluss ist also unabhängig vom Registereintrag voll wirksam und zwar auch gegen aussen⁵⁵, wobei Dritten die Unkenntnis der neuen Sachlage nicht entgegengehalten werden kann⁵⁶. Im Unterschied zu Statutenänderungen

47 So etwa Bürgi OR 706 N 11; Robert Patry: La nullité des décisions des organes sociaux dans la société anonyme, in: Mélanges Roger Secrétan, Recueil de travaux publiés par la Faculté de droit de l'Université de Lausanne (Montreux 1964) 231 ff.

48 Vgl. zu den Wirkungen der Beurkundung Siegwart OR 637 N 1 ff.

49 Vgl. Schönenberger/Jäggi OR 11 N 47.

50 Forstmoser, Aktienrecht § 7 N 112.

51 Forstmoser, Aktienrecht § 7 N 113; als Beispiel ist etwa zu nennen die Sitzverlegung, vgl. BGE 84 II 40; kritisch dazu W. v. Steiger, ZBJV 96, 7 ff.

52 Forstmoser, Aktienrecht § 7 N 110.

53 Vgl. nachstehend bei Anm. 113 ff.

54 Vgl. vorn bei Anm. 17 ff.

55 Der "unhaltbare Zustand", wonach die AG "den Gläubigern und den Aktionären gegenüber unter einem verschiedenen Statut leben könnte" (BGE 50 II 181; 55 II 106) tritt also hier nicht ein.

56 Vgl. statt vieler Forstmoser, Aktienrecht § 11 N 121 ff.

mit reiner Innenwirkung ist es nicht möglich, diesen nach begonnener oder durchgeführter Liquidation, bei dauernder Unterlassung des Eintrags, rückgängig zu machen.

Fraglich ist nun, ob dieser Auflösungsbeschluss zur Erlangung seiner konstitutiven Wirkung, der öffentlichen Beurkundung absolut notwendig bedarf oder ob sein Fehlen allenfalls Anfechtbarkeit des Beschlusses begründet. Wie soeben dargelegt, ist die Beurkundung nur im Hinblick auf den Registereintrag von öffentlichem Interesse, nicht jedoch im Bezug auf die Beschlussfassung. Da der Auflösungsbeschluss aber auch ohne Registereintrag wirksam ist, kann das Fehlen der Beurkundung nur Anfechtungs- nicht aber Nichtigkeitsgrund sein, denn es besteht kein öffentliches Interesse am notariellen Zeugnis bei konstitutiven Beschlüssen⁵⁷.

Allenfalls könnte eingewendet werden, es bestehe ein öffentliches Interesse an der *Eintragbarkeit* auch konstitutiver Beschlüsse. Diese Eintragbarkeit ist primär ohne öffentliche Urkunde nicht gegeben. Dazu ist anzuführen, dass diese Beschlüsse in den meisten Fällen im Handelsregister gar nicht angemeldet werden. Im übrigen hat die Aufsichtsbehörde nach HRV 31 die Möglichkeit, Eintragungen trotz formeller Mängel zu bewilligen.

Zusammenfassend ist nach dem oben Gesagten festzuhalten, dass *auch ein nicht öffentlich beurkundeter GV-Beschluss den Übergang ins Liquidationsstadium begründet*.

b) Wurde einmal ein gültiger unbedingter Auflösungsbeschluss gefasst oder tritt beim bedingten Beschluss die vorbehaltene Sachlage ein, so kann die Gesellschaft ihrer Liquidation nicht mehr ausweichen. Das Gesetz schweigt zur Möglichkeit, die Auflösung zu widerrufen. In den Materialien⁵⁸ findet sich ein Hinweis, diese Frage sei durch die Praxis entscheiden zu lassen. In konstanter Rechtsprechung hat nun das *Bundesgericht festgehalten* und in einem ausführlichen Entscheid aus dem Jahre 1965⁵⁹ bestätigt, der *Widerruf des Auflösungsbeschlusses sei nicht zuzulassen*. Dies mit der Begründung, dass nach OR 739 II "die Befugnisse der Gesellschaftsorgane mit dem Eintritt der Liquidation 'auf Handlungen beschränkt' werden, 'die für die Durchführung der Liquidation erforderlich sind'"⁶⁰ und der "Widerruf des Auflösungsbeschlusses nicht eine zur Durchführung der Liquidation erforderliche" sondern vielmehr "eine besonders deutlich auf die Fortsetzung der Gesellschaft abzielende Handlung"⁶¹

57 Vgl. dazu auch U. G. Frei (zit. Anm. 44) 59 f. A. M. v. Planta 31.

58 StenBull StR 1931, 577.

59 BGE 91 I 438; es handelt sich hier um die Auflösung einer Genossenschaft, die jedoch nach den für die AG gültigen Vorschriften liquidiert wird (OR 913 I).

60 S. 445.

61 S. 446.

sei. Gestützt auf diese Überlegungen, die Materialien⁶² und den Vergleich mit den Gesetzen einiger Nachbarländer erklärt es, sich nicht über den klaren Wortlaut des Gesetzes hinwegsetzen zu können⁶³. Die Haltung des Bundesgerichts wird allgemein kritisiert⁶⁴. Da es aber nach eingehender Auseinandersetzung mit dieser Kritik trotzdem an seiner Rechtsprechung festgehalten hat, ist in näherer Zukunft nicht mit einer Änderung zu rechnen^{65, 66}.

c) Auflösungsbeschlüsse können, wie alle Beschlüsse der Generalversammlung, während einer Frist von zwei Monaten von der Verwaltung oder einem Aktionär beim *Richter angefochten* werden⁶⁷. Bis zu ihrer gerichtlichen Aufhebung sind sie jedoch wirksam⁶⁸, wobei allenfalls, gestützt auf kantonales Prozessrecht⁶⁹, eine vorsorgliche Verfügung erwirkt werden kann, um die Ausführung des Beschlusses bis zur Urteilsfällung suspendieren zu lassen⁷⁰. Wird die Klage abgewiesen, gilt die Gesellschaft als aufgelöst ab Datum des GV-Beschlusses. Heisst dagegen der Richter die Klage gut, so wird die Auflösung ex tunc aufgehoben, d.h. sie wird rückwirkend und für jedermann ungültig⁷¹.

d) Für die Wirksamkeit der Auflösung durch GV-Beschluss gilt *zusammenfassend* das Folgende: In der Regel wird die Gesellschaft mit dem GV-Beschluss⁷² aufgelöst, bei Beendigung auf einen Termin oder mit suspensiver Bedingung am Tag des Termins oder mit Realisierung der Bedingung. Wird der Beschluss angefochten und die Klage abgewiesen, bleibt die Gesellschaft mit dem GV-Beschluss aufgelöst, bei Gutheissung der Klage dagegen, wird die Auflösung mit Wirkung ex tunc aufgehoben.

62 S. 447.

63 S. 448.

64 Vgl. etwa allgemein zur Kritik Budliger 48 ff; Schucany OR 736 N 3; Staehelin, BJM 1973, 217 ff; W. v. Steiger, ZBJV 103, 119 ff. Bürgi OR 736 N 20 weist auf das deutsche Aktienrecht hin, das zu Recht vom Normalfall der wirtschaftlich gesunden Gesellschaft ausgehe und deshalb der Widerruf zulässig sei. Ablehnend dem Widerruf gegenüber scheinbar F. v. Steiger, Recht der AG 330; vgl. ferner SJZ 23 (1926/27) 48; SJZ 25 (1928/29) 62; SAG 11 (1938/39) 68; Budliger 53 f; Diethelm 66 f; vgl. auch die bei Weiss N 296 zit. Lit.

65 Vgl. Forstmoser (zit. Anm. 1) § 17 XI.1.lit.g.

66 Die Anmeldung der Auflösung ist erforderlich für die Durchsetzung dieses Widerrufsverbots. Da die Missachtung dieser Publizitätsvorschrift geduldet wird, entsteht eine krasse Ungleichbehandlung der Gesellschaften, die nach pflichtgemässer Anmeldung ihrer Auflösung diese nicht mehr widerrufen können und jenen, die den stillen Auflösungsbeschluss ebenso stillschweigend wieder rückgängig machen können. So empfiehlt etwa Hürlimann S. 379 Nr. 8 ausdrücklich den Abbruch der Liquidation bei unvorhergesehener dauernder Besserung des Geschäftsgangs.

67 OR 706.

68 Bürgi OR 706 N 73.

69 Vgl. Bürgi OR 706 N 74.

70 Forstmoser (zit. Anm. 1) § 17 V.4.lit.c; Bürgi OR 706 N 75.

71 Bürgi OR 706 N 71.

72 Auch bei fehlender öffentlicher Beurkundung, vgl. vorn nach Anm. 34.

4. Bei richterlichem Urteil⁷³

a) In allen Fällen der Auflösung durch den Richter ist das *Urteil konstitutiv*, ist demnach ein Gestaltungs- und kein Feststellungsurteil⁷⁴. Nach klarem Gesetzestext entfaltet es seine Wirkung, sobald es rechtskräftig ist, ex nunc⁷⁵. Der Vorschlag von Merz⁷⁶, die Wirkung der Auflösung ex tunc auf den Zeitpunkt der Klageerhebung festzusetzen oder die von Siegwart⁷⁷ vorgeschlagene Lösung, eventuell sogar den Eintritt des Klagegrundes zu berücksichtigen, finden in der Praxis keine Beachtung⁷⁸.

b) Während der Rechtshängigkeit ist es möglich, durch *Beseitigung des Mangels* die Auflösung abzuwenden, solange nach dem anwendbaren Prozessrecht Noven vorgebracht werden können⁷⁹. Wird die rechtliche Situation nach Urteilsfällung aber vor Eintritt der Rechtskraft wiederhergestellt, so kann dies in einigen Kantonen⁸⁰ als Novum im Berufungsverfahren vorgebracht werden⁸¹. Mit der Rechtskraft des Urteils aber tritt die Gesellschaft unwiderruflich in Liquidation.

5. Bei Auflösung durch den Handelsregisterführer

a) Nach OR 711 muss die Mehrheit der Verwaltungsräte einer schweizerischen Aktiengesellschaft das Schweizer Bürgerrecht besitzen und in der Schweiz Wohnsitz haben. Wenigstens einer der zur Vertretung der Gesellschaft befugten Verwaltungsräte muss ebenfalls in der Schweiz wohnhaft sein⁸². Bei Nichtbeachtung dieser Vorschriften setzt der Handelsregisterführer der Gesellschaft

73 Ausführlich zur Auflösung durch den Richter Hagmann 66 ff. Das Urteil kann auch von einem Schiedsgericht gefällt werden, ZBJV 101 (1965) 61 ff.

74 Hagmann 67; Forstmoser (zit. Anm. 1) § 17 V.5.lit.b mit Hinweisen.

75 Forstmoser (zit. Anm. 1) § 17 V.5. lit. b.

76 Der massgebende Zeitpunkt für die Auflösung der einfachen Gesellschaft, in: Festschrift Max Gutzwiller (Basel 1959) 685 ff.

77 OR 545 N 34.

78 Vgl. auch Hans Michael Riemer: Die Stiftungen, Berner Kommentar Bd I/3.3 (Bern 1975) zu ZGB 88 f N 31; Forstmoser (zit. Anm. 1) § 17 V.5.lit.b und VI.3.lit.f; anders noch BGE 20, 596.

79 Vgl. z. B. BZP 72; Forstmoser (zit. Anm. 1) § 17 VI.2.lit.e.

80 Guldener 509.

81 Vor Bundesgericht ist das Vorbringen neuer Tatsachen im Berufungsverfahren unzulässig, vgl. OG 55 I lit. c.

82 Für Holdinggesellschaften können Ausnahmen von dieser Regel gewährt werden, vgl. OR 711 II.

eine Frist⁸³ von mindestens 30 Tagen⁸⁴ um die rechtmässige Situation wiederherzustellen. Dasselbe Verfahren wird angewandt, wenn eine ausländische Gesellschaft nach ihrem Transfer in die Schweiz es unterlässt, binnen sechs Monaten ihre Statuten dem schweizerischen Recht anzupassen⁸⁵ oder wenn eine Gesellschaft am Ort ihres Sitzes kein Domizil aufweist⁸⁶. Läuft die vom Registerführer gesetzte Frist unbeachtet ab, so wird die Auflösung der Gesellschaft mit *Wirkung ex nunc eingetragen*⁸⁷. Anders als in den bereits erwähnten Fällen der Beendigung, ist also bei Auflösung durch den Handelsregisterführer der Eintrag konstitutiv.

b) Die Auflösung durch den Handelsregisterführer bildet auch insofern einen Sonderfall, als sie rückgängig gemacht werden kann, *wenn der legale Zustand innerhalb von drei Monaten nach der Auflösung wiederhergestellt* und im Handelsregister eingetragen ist. Der *Widerruf* erfolgt diesfalls gleichzeitig mit dieser Eintragung⁸⁸.

6. Bei informeller Auflösung

Zur rechtlichen Auflösung der Gesellschaft ist einer der vorstehend Ziff. 2 – 5 angeführten Auflösungsstatbestände erforderlich. In der Praxis kommt es aber, vor allem bei Kleinaktiengesellschaften vor, dass die Auflösung informell durch die Verwaltung beschlossen wird⁸⁹. Ein solcher Beschluss ist nichtig⁹⁰ und kann deshalb nicht im Handelsregister eingetragen werden⁹¹. Ein Widerruf kommt nicht in Frage, da gar kein formrichtiger Beschluss vorliegt, dagegen kann die faktisch geschaffene Sachlage rückgängig gemacht werden⁹². Im Gegensatz zur

83 OR 711 IV.

84 HRV 86 I; in der Praxis scheinen die Fristen allerdings länger zu sein, BGE 94 I 563; Forstmoser (zit. Anm. 1) § 17 VII.1.lit.b. Vgl. dagegen ein bei Naymark 126 Nr. 5 angeführter Entscheid der Aargauer Justizdirektion.

85 SUB 14 IV; vgl. dazu den Aufsatz von Georges Sauser-Hall: *Le transfert des sociétés de l'étranger en Suisse*, Recueil de travaux, Neuchâtel 1938; ferner die Hinweise bei F. v. Steiger, Recht der AG 47 Anm. 40.

86 HRV 88bis; ausführlich dazu BGE 94 I 566.

87 OR 711 IV; HRV 86 II.

88 HRV 86 III.

89 Vgl. z. B. BGE 55 I 136; Diethelm 68; v. Planta 30 f.

90 Zur ausschliesslichen Kompetenz der GV vgl. OR 698 Ziff. 5 und OR 736 Ziff. 2; Bürgi OR 736 N 7; Funk OR 736 N 1; F. v. Steiger, Recht der AG 329; pk, SAG 29, 53; Metzler 4.

91 Der Beschluss der Verwaltung ist nicht anfechtbar, vgl. dazu für viele Bürgi OR 706 N 67 und dort zit. Lit., jedoch kann ein Antrag auf Absetzung der fehlbaren Organe gestellt werden.

92 Diethelm 68.

rechtmässig beschlossenen Auflösung⁹³ war hier der Gesellschaftswille nie gültig auf die Beendigung ausgerichtet und waren deshalb die Kompetenzen der Organe auch nie auf blosse Liquidationshandlungen reduziert. Besteht aber, was meist der Fall sein wird, ein gewisser Konsens innerhalb der informell zu liquidierenden Gesellschaft, kommt es nicht zur Rückgängigmachung des mangelhaften Entscheids. Faktisch ergibt sich dann immerhin trotz des Formfehlers die Auflösung, indem der nichtige Beschluss dem Übergang ins Liquidationsstadium zugrunde liegt.

Entgegen Weiss⁹⁴ setzt nicht die Reduktion der Aktiengesellschaft in eine blosse Mantelgesellschaft einen Auflösungsgrund. Als Aktienmantel⁹⁵ gilt nur eine bereits fertig liquidierte Gesellschaft⁹⁶. Der Übergang vom werbenden ins Stadium der Liquidation, die Auflösung, erfolgt also per definitionem immer, bevor der Aktienmantel entsteht, nämlich dann, wenn informell die Einstellung der Tätigkeit der Gesellschaft beschlossen wird. Die Reduktion zum Aktienmantel kann demnach nur Lösungs- nicht Auflösungsgrund sein. Es ist in diesem Falle irrelevant⁹⁷, ob der genaue Zeitpunkt des Übergangs ins Liquidationsstadium zu eruieren ist oder nicht, denn nach HRV 60 kann eine liquidierte Gesellschaft ohne Feststellung des Auflösungszeitpunkts gelöscht werden⁹⁸.

7. Beendigung ohne bewusste Auflösung

Eine Gesellschaft kann beschliessen, ihre Aktivitäten einzustellen oder zu verlagern und zu diesem Zweck Liquidationshandlungen vornehmen, ohne an eine Auflösung zu denken⁹⁹. Die Praxis zeigt Beispiele von Unternehmen, die aus solchen Gründen vorübergehend ihre Tätigkeit eingestellt haben¹⁰⁰. Erweist sich

93 Vgl. die vorn nach Anm. 58 dargelegte Argumentation des Bundesgerichts, a.M. aber Diethelm 67 für den gültigen, nicht im Handelsregister eingetragenen Beschluss.

94 N 292.

95 Sofern nicht als solcher gegründet, vgl. dazu etwa Weiss N 287; v. Planta 14 ff.

96 Vgl. die Definitionen bei v. Planta 2 ff und Weiss N 273 ff. Unerheblich sind allfällige liquide Aktivposten und die Aktien auf der Passivseite, sofern der Gesellschaft die Substanz entzogen worden ist, vgl. Pfund VStG 4 N 3.48.

97 Wenigstens aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, im Steuerrecht wird ohnehin auf die wirtschaftliche Betrachtungsweise abgestellt, vgl. dazu Pfund VStG 4 N 3.48.

98 Vgl. dazu hinten § 6 nach Anm. 43.

99 Diethelm 11; F. v. Steiger, Recht der AG 329; v. Planta 31 ff.

100 BGE 55 I 346, insb. 354, bestätigt durch unveröffentlichten Entscheid vom 2. März 1943 i.S. Eidg. Justiz- und Polizeidepartement gegen Eglantine SA, zit. in BGE 80 I 62 und bei Diethelm 11 Anm. 10 mit Zitat aus Tages-Anzeiger vom 1. April 1943; ferner BGE 55 I 192. Als Beispiel einer Gesellschaft, die ihre Tätigkeit nie richtig aufgenommen hat, vgl. BGE 65 I 139, für eine nach widerrufenem Konkurs noch untätige AG BGE 80 I 60.

die Einstellung am Ende als definitiv, so wird die Gesellschaft gelöscht, ohne dass sie aufgelöst wurde, d.h. ohne dass je ein bewusster Übergang vom werbenden ins Beendigungsstadium vorlag¹⁰¹. Es ist deshalb m.E. unrichtig zu sagen, die Auflösung falle bei der "pragmatischen" Liquidation mit der Löschung zusammen. Faktisch erfolgt nämlich hier der Übergang vom werbenden ins Liquidationsstadium zum Zeitpunkt, indem allfällige Teilliquidationen soweit fortgeschritten sind, dass das Unternehmen seine Betriebsmittel in einem Umfange veräußert hat, der eine Weiterführung des Betriebs verunmöglicht¹⁰².

III. Wirkung der Auflösung

Mit der Auflösung erfährt die Gesellschaft eine Zweckänderung. Sie ist nicht mehr auf Gewinn ausgerichtet, sondern einzig auf die Abwicklung und Beendigung ihrer Geschäfte¹⁰³. Unverändert bleibt jedoch ihre rechtliche Identität¹⁰⁴: Die Gesellschaft behält ihre Rechtspersönlichkeit¹⁰⁵ und bleibt im Rahmen der Liquidationstätigkeit handlungsfähig¹⁰⁶. Eine Änderung ergibt sich bezüglich der Firma: Nach Anmeldung der Auflösung löscht der Handelsregisterführer die Firma und trägt sie darauf aus Gründen der Publizität¹⁰⁷ mit dem Zusatz "in Liquidation" wieder ein¹⁰⁸.

Die bestehenden gesetzlichen und statutarischen Regelungen haben auch für die Liquidationsgesellschaft weiterhin Geltung, soweit sie nicht durch den geänderten Zweck oder durch die zwingenden Vorschriften über das Liquidationsverfahren eingeschränkt werden¹⁰⁹. Auch behalten bereits geschlossene Verträge ihre Gültigkeit, sie können jedoch allenfalls aus wichtigen Gründen aufgelöst werden¹¹⁰.

101 BGE 55 I 192; 65 I 145: Hier bleibt offen, ob die AG tatsächlich gelöscht werden muss.

102 ASA 47 (1979) 547.

103 Vgl. dazu Bürgi/Nordmann OR 739 N 1; Forstmoser (zit. Anm. 1) § 17 IX.2. und 3. und dort zit. Lit.

104 Früher stark umstritten, hat sich heute die Identitätstheorie in Lehre und Praxis durchgesetzt: Vgl. etwa Mettler 10 ff; Bürgi/Nordmann OR 739 N 3 ff; BGE 91 I 444; 90 II 247 ff; 59 II 53; Forstmoser (zit. Anm. 1) § 17 IX.2. und dort zit. Lit.

105 BGE 97 III 36 f; 91 I 444; 90 II 247 ff; Forstmoser (zit. Anm. 1) § 17 IX.2. mit Hinweisen.

106 Forstmoser (zit. Anm. 1) § 17 IX.2. und 3.; F. v. Steiger, Recht der AG 339.

107 Vgl. nachstehend bei Anm. 144 und 153 ff.

108 OR 739 I; Bürgi/Nordmann OR 739 N 6; Funk OR 739 N 3.

109 Bürgi/Nordmann OR 739 N 2; Schucany OR 739 N 1; pk, SAG 29, 77; Mettler 30.

110 Z.B. Arbeitsvertrag, Mietvertrag. Vgl. dazu Bürgi/Nordmann OR 739 N 2; Funk OR 739 N 2; F. v. Steiger, Recht der AG 340.

IV. Anmeldung der Auflösung

1. Pflicht zur Anmeldung

Die Auflösung ist von der Verwaltung im Handelsregister anzumelden¹¹¹. Einige Autoren sind der Meinung, dass sich bei der Auflösung nach Massgabe der Statuten eine Anmeldung erübrige, da der Publizitätspflicht durch die Statuten selbst genüge getan sei. Dieser Standpunkt ist allerdings fraglich, da ein Teil der Lehre auch die Möglichkeit einer stillschweigenden Fortführung der Gesellschaft nach Eintreten des Auflösungsgrundes befürwortet, was die Publizitätswirkung der Statutenbestimmung relativiert¹¹².

Von der Lehre wird die Auflösung nicht als Statutenänderung betrachtet¹¹³. Das Gesetz behandelt aber die Auflösung wie die Statutenänderungen¹¹⁴ und regelt die Bestimmungen über die öffentliche Beurkundung (OR 647 I und OR 736 Ziff. 2) in gleicher Weise¹¹⁵. HRV 33 I bestimmt überdies: "Die Auflösung einer Gesellschaft wird als Änderung betrachtet." In formeller Hinsicht ist deshalb bei der Anmeldung der Auflösung gleich vorzugehen wie bei der Änderung. Sie ist also, im Lichte des Prinzips der Registerwahrheit, gleichermassen obligatorisch wie die Mitteilung von Statutenänderungen.

2. Kompetenz zur Anmeldung

Es herrscht in der Lehre Uneinigkeit über das zur Anmeldung der Auflösung im Handelsregister¹¹⁶ verpflichtete Organ. Vorgeschlagen werden: der Gesamtverwaltungsrat¹¹⁷, der Präsident des Verwaltungsrats oder sein Stellvertreter

111 OR 737. Zur Kompetenz der Verwaltung vgl. sogleich 2.

112 Vgl. dazu etwa Metzler 4; SAG 5 (1932/33) 142; Schucany OR 736 N 2; SJZ 30 (1933/34) 105; ferner Kunz 33; Bürgi OR 736 N 6. Eine stillschweigende Fortführung ablehnend Bürgi OR 736 N 5; Diethelm 10; O. Pinösch 24; Patry, Précis II 266; BGE 91 I 438; pk, SAG 29, 53.

113 Forstmoser (zit. Anm. 1) § 17 III.2.lit.b bb; F. v. Steiger, Recht der AG 329. In gewissen Fällen kann sie aber mit einer Statutenänderung verbunden sein, z. B. bei der Umwandlung in eine GmbH oder beim Vorziehen eines statutarischen Auflösungsstermins, vgl. Forstmoser (zit. Anm. 1) § 17 III.2.lit.b bb.

114 Es gelten dabei auch dieselben Abstimmungsquoten: Grundsätzlich genügt die einfache Mehrheit (OR 703). Bei Auflösung vor dem statutarisch festgelegten Termin (die eine Statutenänderung darstellt, vgl. soeben Anm. 113) ist allerdings qualifizierte Anwesenheit erforderlich (OR 649). Vgl. dazu die vorn bei Anm. 31 zit. Lit.

115 Vgl. auch Siegwart OR 647 N 9 und dort zit. Lit.

116 Zuständig ist das Handelsregisteramt am statutarischen Sitz der Gesellschaft (OR 640 I). Vgl. dazu Funk OR 737 N 1; Bürgi OR 737 N 2; Siegwart OR 640 N 4.

117 Funk OR 737 N 1; Schucany OR 737; Gutzwiller OR 912 N 3.

zusammen mit dem Sekretär oder einem Mitglied des Verwaltungsrats¹¹⁸, der Geschäftsführer¹¹⁹ oder der Liquidator¹²⁰.

Das Gesetz selbst¹²¹ weist heute die Kompetenz zur Anmeldung ausdrücklich der Verwaltung zu. Es gibt keinen ersichtlichen Grund mehr, sie dem Geschäftsführer oder den Liquidatoren zu überbinden, sofern die Verwaltung noch aktionsfähig ist¹²². Ob aber der Gesamtverwaltungsrat zuständig ist oder nur einzelne seiner Mitglieder, kann aufgrund der Bestimmungen über das Liquidationsverfahren nicht entschieden werden. Wie vorn¹²³ dargelegt, wird die Auflösung in handelsregisterlichen Belangen wie eine Statutenänderung behandelt¹²⁴. Es spricht nichts für die Erschwerung der Anmeldeformalitäten bei der Beendigung des Gesellschaftslebens. Die Forderung, den Gesamtverwaltungsrat mit der Anmeldung zu beauftragen, findet deshalb nirgends eine Stütze. Es genügt vielmehr, wie dies bei den Statutenänderungen der Fall ist, wenn der Verwaltungsratspräsident oder dessen Stellvertreter und der Sekretär oder ein zweites Mitglied der Verwaltung¹²⁵ dieser Pflicht nachkommen. Besteht die Verwaltung nur aus einer Person, kann sie alleine handeln¹²⁶. Bei mutmasslicher Weigerung des Verwaltungsrats, die Auflösung nach einer Auflösungsklage anzumelden, kann in gewissen Kantonen der Richter durch Exekutionsbefehl die Anmeldung verfügen¹²⁷. Grundsätzlich hat sich jedoch der Richter um die registerrechtlichen Konsequenzen seines konstitutiven Urteils nicht zu kümmern. Korrekter wäre es demnach, gemäss HRV 63 III den Registerführer vom ergangenen Urteil in Kenntnis zu setzen. Dieser müsste die Gesellschaft zur Anmeldung auffordern und bei Missachtung dieser Mahnung die Auflösung von Amtes wegen eintragen¹²⁸.

Die im wesentlichen einheitliche Praxis der Registerämter bezüglich der Anmeldung der Auflösung ist ausserordentlich formell. Die Anmeldung wird, sofern ein Verwaltungsrat besteht, nur durch diesen zugelassen, selbst wenn die auflösende Generalversammlung die Kompetenz dafür einem Dritten, etwa dem

118 Vgl. dazu Bürgi OR 737 N 3; Siegwart OR 640 N 5 f.; F. v. Steiger, Prüfung 13.

119 So anscheinend Mettler 59.

120 Kunz 16. Zum aOR Mettler 59; ferner J. Pinösch 80.

121 OR 737.

122 Bei Unfähigkeit der Verwaltung hat die GV die zur Anmeldung befugten Personen zu bezeichnen (HRV 88). Vgl. dazu etwa Bürgi OR 737 N 7; Schucany OR 737; Funk OR 737 N 1; Gutzwiller OR 912 N 3; Beck 93.

123 Bei Anm. 114.

124 HRV 33.

125 HRV 22 II und die bei Anm. 118 zit. Autoren. Vgl. aber noch BGE 60 I 383 f zum aOR.

126 HRV 22 II; Siegwart OR 640 N 6; His OR 932 N 49.

127 HRV 59 II; BGE vom 2. Februar 1937, referiert in SAG 9 (1936/37) 184; His OR 940 N 75 mit Hinweisen; Bertsch 182; Postulat in diesem Sinne Hagmann 67; Hery 184; Morant 116.

128 HRV 60; zum Verfahren vgl. nachstehend § 6 bei Anm. 41 ff.

Liquidationsorgan zugewiesen hat¹²⁹. Erst wenn die Verwaltung nicht in der Lage ist, die Auflösung anzumelden, d.h. wenn sie zurückgetreten ist, sich unerreichbar im Ausland aufhält oder eine Aufforderung des Handelsregisteramtes sich als unzustellbar erweist, wird die Anmeldung durch die dafür von der Generalversammlung bestimmten Personen entgegengenommen. Einige Kantone¹³⁰ akzeptieren jedoch die Anmeldung durch die Liquidatoren, selbst bei Fortbestehen der Verwaltung, wenn die auflösende Generalversammlung sie dazu bestimmt hat. Kann die Verwaltung die Anmeldung nicht vornehmen und hat die Generalversammlung niemanden subsidiär dazu ermächtigt, wird in Anwendung von HRV 31 die Aufsichtsbehörde über die Eintragung entscheiden¹³¹.

3. Zeitpunkt der Anmeldung

a) Das Gesetz schreibt keinen genauen Zeitpunkt für die Anmeldung der Auflösung beim Handelsregister vor. Nach Schucany¹³² hat die Anmeldung sofort nach dem Auflösungsbeschluss zu geschehen. Bürgi¹³³ erklärt, sie müsse "sobald wie möglich nach dem Eintritt des Auflösungsgrundes" erfolgen und Funk¹³⁴ genügt eine "angemessene Zeit". Beck¹³⁵ räumt sogar ohne weiteres ein, dass Auflösung und Löschung einer Gesellschaft gleichzeitig angemeldet und eingetragen werden können, dies deshalb, weil es dem Handelsregisterführer nicht obliege, die korrekte Durchführung des Liquidationsverfahrens zu prüfen.

Das Bundesgericht hat sich nie ausdrücklich zur Interpretation von OR 737 geäußert. In der Praxis scheint es aber die von Beck erwähnte Möglichkeit zu tolerieren, gibt es doch keinen Entscheid, der die gleichzeitige Anmeldung von Auflösung und Löschung beanstandet¹³⁶.

129 So etwa in Zürich. Dies entspricht dem Wortlaut von HRV 88, wonach die GV nur dann den zur Anmeldung Verpflichteten bestimmen muss, wenn die Verwaltung dazu nicht in der Lage ist.

130 So etwa St. Gallen.

131 Das gleiche gilt, wenn sich ein VR-Mitglied trotz Aufforderung und Büssung durch den Registerführer weigert, die Anmeldung zu unterzeichnen, vgl. E.G.: Aktienrechtliche Formvorschriften. Die Eintragung von Statutenrevisionen im Handelsregister, in: SAG 7 (1934/35) 65 ff.

132 OR 737.

133 OR 737 N 2.

134 OR 737 N 1.

135 95 ff; vgl. auch Krebs, SAG 3, 39; F. v. Steiger, Prüfung 94.

136 Vgl. z.B. BGE 64 II 150; Diethelm 33 Anm. 36 und 43. Allgemein ist bei Statutenänderungen (die Auflösung wird registerrechtlich wie eine Statutenänderung behandelt, vgl. vorn bei Anm. 114) die Verwaltung zur sofortigen Erwirkung des Änderungseintrags verpflichtet, wobei aber die Eintragungsmöglichkeit nicht befristet ist, vgl. Siegwart OR 647 N 12; ferner ZR 23 (1924) 335.

Im Folgenden wird nun untersucht, ob die Auslegung des Gesetzes erlaubt, den Zeitpunkt der Anmeldung der Auflösung genauer zu bestimmen.

b) Systematik des Gesetzes: OR 737 bestimmt zwar nicht, zu welchem Zeitpunkt die Auflösung angemeldet werden muss, jedoch geht aus der ganzen Systematik des 5. Abschnittes des OR hervor, dass der Gesetzgeber unmöglich die gleichzeitige Eintragung von Auflösung und Liquidation vorgesehen hat. Die in diesem Abschnitt geregelten Schritte zur Beendigung der Gesellschaft sind offensichtlich in chronologischer Reihenfolge aufgeführt: OR 736 enthält eine Aufzählung der verschiedenen Auflösungsgründe. In OR 737 wird die Pflicht zur Eintragung der Auflösung festgehalten und in OR 738 erklärt, die Gesellschaft trete ins Liquidationsstadium. Es sind alsdann die verschiedenen, bei der Liquidation zu beachtenden Pflichten aufgeführt: Bilanzierungsvorschriften und Schuldenruf (OR 742), Aufgaben bei der Abwicklung der laufenden Geschäfte (OR 743), Hinterlegung (OR 744) und Sperrjahr (OR 745 II). Erst nach Schilderung des gesamten Liquidationsablaufs erklärt das Gesetz: "Nach Beendigung der Liquidation ist das Erlöschen der Firma beim Handelsregisteramt anzumelden" (OR 746). Es folgt noch, getreu dem Zeitablauf, eine Bestimmung über das Aufbewahren der Geschäftsbücher.

Schon aufgrund dieser Systematik ist klar, dass Anmeldung der Auflösung und definitive Löschung zwei zeitlich unabhängige, durch das gesamte Liquidationsverfahren voneinander getrennte Handlungen sein sollen. Bei gleichzeitiger Anmeldung wäre zudem die Bestimmung über den Firmenzusatz "in Liquidation" sinnlos.

c) Zweck der Anmeldung: Durch die Tatsache, dass die Aktiengesellschaft, bei der einzig das Gesellschaftsvermögen haftet, nach der Liquidation keine Aktiven mehr besitzt, werden die Gläubiger beim Eintritt ins Liquidationsstadium erhöht schutzbedürftig¹³⁷. Ihre Forderungen, für die während des aktiven Gesellschaftslebens neben dem Grundkapital auch die zum Verkehrswert bilanzierten Aktiven¹³⁸ und der Goodwill der Gesellschaft garantierten, sind während des Beendigungsstadiums weniger sicher. Nach deren Löschung bleibt den Gläubigern nur noch der gerichtliche Weg zur Rückforderung ihrer Guthaben: Begehren um Wiedereintragung der gelöschten Gesellschaft sofern noch Aktiven vorhanden sind¹³⁹ oder Schadenersatzklage gegen die verantwortlichen Organe¹⁴⁰ eine "stumpfe Waffe"¹⁴¹ im herrschenden Aktienrecht. Die Gläubi-

137 Vgl. dazu ausführlich Mettler 67 ff.

138 Die Liquidation vermindert den Wert vieler Aktivposten, so etwa Blumer/Graf 264; Helbling 84; Hunziker 46 f; Revisionshandbuch 2.2 S. 18.

139 Vgl. nachstehend § 5.

140 Vgl. nachstehend § 8 nach Anm. 24 und § 8 nach Anm. 56 und Heberlein 6.

141 Forstmoser, Verantwortlichkeit N 698.

ger müssen deshalb die Möglichkeit haben, ihre Interessen wahrzunehmen, solange noch Aktiven zu ihrer Befriedigung vorhanden sind.

Der Anmeldung der Auflösung im Handelsregister folgt die Löschung der Firma und deren Wiedereintrag mit dem Zusatz "in Liquidation"¹⁴², unter Veröffentlichung im SHAB¹⁴³. Diese Änderung der Firma, eine Vorschrift "im Interesse des Publikums"¹⁴⁴ ist eine wichtige Voraussetzung der wirksamen Geltendmachung aller Gläubigeransprüche und -rechte. Sollten z.B. die Liquidatoren den öffentlichen Schuldenruf unterlassen¹⁴⁵, weil sie glauben, alle Gläubiger zu kennen oder hat ein Gläubiger aus irgendwelchen Gründen die Publikationen nicht beachtet, so kann er, wenn er anderweitig, z.B. durch die Firmenänderung von der Liquidation Kenntnis nimmt, dennoch seine Forderungen anmelden¹⁴⁶.

Auch die einzigen Möglichkeiten des Gläubigers, in die Liquidation einzugreifen, nämlich das Recht, die Verteilung des Vermögens vom Richter verbieten zu lassen¹⁴⁷ oder die Ernennung eines schweizerischen Liquidators zu verlangen¹⁴⁸ und das Mitspracherecht bei einer eventuellen Sitzverlegung¹⁴⁹ können ohne Wissen um die Liquidation, d.h. ohne Anmeldung der Auflösung, nicht wahrgenommen werden¹⁵⁰. Als Gläubigerschutzbestimmungen entfalten diese Rechte ihre Wirkung nur, wenn der veränderte rechtliche Zustand der Gesellschaft bekannt ist, solange diese noch Aktiven besitzt.

Aufgrund der teleologischen Auslegung ergibt sich demnach ebenfalls, dass die Anmeldung der Auflösung zu erfolgen hat, bevor Liquidationshandlungen vorgenommen werden.

d) In den *Materialien* wird die Anmeldung der Auflösung nicht behandelt. Die Meinung des Gesetzgebers muss deshalb bei der Bestimmung des genauen Zeitpunkts der Anmeldung ausser acht gelassen werden.

e) *Resultat*: Die vorstehend lit. a - c berücksichtigten Auslegungselemente erlauben nicht, eine Frist festzulegen, innerhalb derer die Auflösung beim Handelsregister angemeldet werden muss. Immerhin gelingt es, einen Zeitraum abzu-

142 OR 739 I; Bürgi OR 737 N 5; pk, SAG 29, 77.

143 OR 931; HRV 113.

144 Bürgi/Nordmann OR 739 N 6.

145 Dieser, obwohl zwingend vorgeschrieben, kann nicht mit öffentlich-rechtlichen Mitteln durchgesetzt werden, vgl. dazu Heberlein 47 und nachstehend § 8 nach Anm. 3.

146 Heberlein 47 und nachstehend § 3 bei Anm. 34.

147 Vgl. nachstehend § 3 bei Anm. 65 und Heberlein 47 f; Schucany OR 745 N 2.

148 OR 741 II. StenBull StR 1931, 577; Gubler, SAG 25, 57 ff; Meier-Hayoz, SJZ 46, 216; Bürgi/Nordmann OR 739 N 37; Heberlein 37; Fuhrer 110.

149 Bürgi/Nordmann OR 739 N 37.

150 Ist die Auflösung nicht angemeldet, so muss diese zuerst erzwungen werden, bevor die oben genannten Rechte geltend gemacht werden können. Zur Eintragung der Auflösung von Amtes wegen vgl. nachstehend § 6 bei Anm. 41 ff.

grenzen: Die Anmeldung hat vor Beginn der ersten Liquidationshandlungen zu erfolgen, um als Publizitätsvorschrift Wirkung zu erlangen. Logischerweise darf sie also nicht mit der Anmeldung der Löschung zusammenfallen¹⁵¹.

4. Wirkung der Anmeldung

Nach Anmeldung der Auflösung im Handelsregister löscht der Registerführer die Firma der Gesellschaft und trägt sie mit dem Zusatz “in Liquidation” wieder ein¹⁵². Gleichzeitig erfolgt auf Veranlassung des Handelsregisteramtes die Veröffentlichung der Firmenänderung im SHAB¹⁵³. Auch Dritten kann danach die Zweckeinengung – Beschränkung auf Liquidationshandlungen – entgegengehalten werden¹⁵⁴. Die Rechtshandlungen der Liquidationsgesellschaft, die ohne den Zusatz “in Liquidation” auftritt, sind allerdings nicht ungültig¹⁵⁵, denn auch nach der Firmenänderung ist die Liquidations- mit der Erwerbsgesellschaft identisch¹⁵⁶.

Funk¹⁵⁷ hält dafür, dass der Zusatz “in Liquidation” auf allen Briefköpfen und Stempeln anzubringen sei. Diese Ansicht ist richtig, vgl. z. B. allgemein zur Verwendung der vollständigen Firma BGE 103 IV 203 f mit Hinweisen. Allerdings ist die konsequente Befolgung dieser Vorschriften kaum durchzusetzen¹⁵⁸. Zuwiderhandlungen werden jedoch gemäss Art. 2 des Bundesgesetzes betreffend Strafbestimmungen zum Handelsregister- und Firmenrecht¹⁵⁹, mit Busse bis zu Fr. 20 000.– bestraft. In der Praxis bewirkt dabei meist schon die Androhung der Busse durch das Handelsregister, das auf Anzeige hin einschreitet, eine Änderung im Gebrauch der Firma.

151 Anders dagegen die Praxis in den häufigsten Fällen stiller Liquidation. Dazu Näheres nachstehend § 6 nach Anm. 16.

152 OR 739; Bürgi OR 737 N 5; pk, SAG 29, 77.

153 OR 931; HRV 113.

154 Bürgi OR 737 N 6, 8; BGE 83 II 48.

155 BGE 90 II 257; 59 II 62; Siegwart OR 582 N 1; Bürgi/Nordmann OR 739 N 6; vgl. auch ProtExp 409.

156 Vgl. BGE 90 II 257 und vorn bei Anm. 104.

157 OR 739 N 3.

158 Dazu etwa Robert Patry: Grundlagen des Handelsrechts, in: Schweizerisches Privatrecht Bd VIII/1 (Basel/Stuttgart 1976) 158 bei Anm. 21.

159 Vom 6.10.1923, SR 221.414 = BS 2, 723 ff.

§ 2 Die Organe und ihre Kompetenzen während dem Liquidationsverfahren

I. Liquidatoren

1. Allgemeines

Während der Liquidation fallen alle mit der Beendigung der Gesellschaft in direktem Zusammenhang stehenden Aufgaben an die Liquidatoren¹. Da an die Person des Liquidators in Anbetracht der Verschiedenheit schweizerischer Aktiengesellschaften bezüglich Grösse und Charakter ganz unterschiedliche Anforderungen gestellt werden, lässt der Gesetzgeber die Organisation des Liquidationsorgans² offen. Die Liquidation kann also einer Einzelperson anvertraut sein³, häufiger aber ist ein Kollegium⁴, natürliche Personen⁵ kommen ebenso in Frage wie juristische⁶. Aktionärseigenschaft ist im Unterschied zur Verwaltungstätigkeit nicht nötig⁷. Eine Einschränkung macht jedoch das Gesetz: Mindestens einer der zur Vertretung der Gesellschaft befugten Liquidatoren muss in der Schweiz Wohnsitz haben⁸.

2. Bestellung

Liquidatoren können von den Statuten vorgesehen, von der Generalversammlung ernannt, vom Richter oder der Vormundschaftsbehörde eingesetzt oder vom Gesetz bestimmt werden.

a) Sofern die Liquidation weder in den Statuten noch durch einen Beschluss der Generalversammlung anderen Personen übertragen wird⁹, geht die *gesetzli-*

1 Heberlein 33; Bürgi/Nordmann OR 739 N 8. Zu den einzelnen Aufgaben vgl. nachstehend bei Anm. 73 und § 3.

2 Vgl. zur Organstellung nachstehend bei Anm. 61.

3 Heberlein 33; Bürgi/Nordmann OR 740 N 16.

4 Heberlein 33; Bürgi/Nordmann OR 740 N 16.

5 Heberlein 33; F. Maurer 14 f.

6 Heberlein 33; Schucany OR 740 N 1; F. Maurer 14 f; Meier-Hayoz, SJZ 46, 219; Hagmann 111; Metzler 34; Praxis 26 (1937) 51. Bejahend auch unter aOR BGE 62 II 284. Auch Kollektiv- und Kommanditgesellschaften können berücksichtigt werden, vgl. HRV 41.

7 F. v. Steiger, Recht der AG 339; Bürgi/Nordmann OR 740 N 10.

8 OR 740 III. Vgl. dazu Heberlein 39; Schucany OR 741 N 4; F. v. Steiger, Recht der AG 339; Fuhrer 110; vgl. ferner vorn § 1 bei Anm. 148.

9 OR 740 I.

che Vermutung dahin, dass die Liquidation von der *Verwaltung* durchgeführt wird¹⁰. Wenn und solange also die aufgelöste Gesellschaft keine anderen Liquidatoren ernannt, ist diese Tätigkeit der Verwaltung übertragen¹¹. Häufig trifft die gesetzliche Vermutung wohl auch in der Praxis bei von der Generalversammlung gewählten Liquidatoren zu, wobei jedoch oft nur ein Teil des Verwaltungsrats als Liquidatoren eingesetzt sind.

b) Eher selten enthalten bereits die *Statuten* Bestimmungen über einen künftigen Liquidatoren¹². Sie können namentlich genannte Personen bezeichnen oder etwa den Inhaber eines Amtes etc¹³. Können die in den Statuten designierten Personen ihre Aufgabe nicht übernehmen, so greift wieder die gesetzliche Vermutung von OR 740 I platz¹⁴.

c) Häufig ist die Wahl der Liquidatoren durch die *Generalversammlung*¹⁵, wobei – unter Vorbehalt anderer statutarischer Bestimmungen – mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen beschlossen wird¹⁶. Oft wird auf diesem Weg auch nur die gesetzliche Vermutung bestätigt¹⁷.

d) Als Minderheiten- und Gläubigerschutz ist die Abberufung und Ernennung von Liquidatoren durch den *Richter* gedacht¹⁸. Auf Antrag¹⁹ eines Aktionärs aus wichtigen Gründen und auf Antrag eines Aktionärs oder Gläubigers, wenn kein zur Vertretung der Gesellschaft befugter Liquidator in der Schweiz wohnhaft ist, kann der Richter neue Liquidatoren ernennen²⁰. Im ersten Fall kann er wohl einen oder mehrere Liquidatoren abberufen und dafür neue ernennen,

10 Meier-Hayoz, SJZ 46, 214; Bürgi/Nordmann OR 740 N 2; Heberlein 34; Schucany OR 740 N 1.

11 Bürgi/Nordmann OR 740 N 26.

12 Mettler 33.

13 Heberlein 35 f; F. v. Steiger, Recht der AG 339.

14 Heberlein 36.

15 OR 740.

16 OR 703; Bürgi/Nordmann OR 740 N 5; F. v. Steiger, Recht der AG 342; Heberlein 75, ungenau jedoch S. 36.

17 Vgl. soeben bei Anm. 10.

18 SemJud 102 (1980) 283; Bürgi/Nordmann OR 741 N 1; Funk OR 741 N 1; Meier-Hayoz, SJZ 46, 214; Bertsch 182 f. Hagmann 103 f, 110 betrachtet diesen richterlichen Eingriff nicht als Minderheitenschutz, sondern als Massnahme zur Sicherung der gesetzmässigen Liquidation überhaupt.

19 Der Richter darf nie von Amtes wegen zur Ernennung von Liquidatoren schreiten, vgl. Bürgi/Nordmann OR 741 N 15; Meier-Hayoz, SJZ 46, 217; Funk OR 741 N 1; Heberlein 38.

20 Vgl. dazu ausführlich Meier-Hayoz, SJZ 46, passim; Heberlein 37 ff; ferner die Kommentare Bürgi/Nordmann, Funk und Schucany, alle zu OR 741. Anders im aOR, wo der Richter wohl Liquidatoren abberufen, selbst aber keine ernennen konnte: Meier-Hayoz, SJZ 46, 215 Anm. 8; Mettler 39 f; Schucany OR 741 N 1; Hagmann 109.

sofern dies nötig ist²¹, aber er darf dem bestehenden Liquidationsorgan nicht einfach weitere Liquidatoren zur Seite stellen²².

Ist jedoch lediglich das Domizilerfordernis nicht erfüllt, so genügt die Ernennung eines zusätzlichen Liquidators²³. Bei der Auswahl der Person des Liquidators geniesst der Richter dieselbe Freiheit wie die Generalversammlung²⁴. Dem Aktionär steht zwar ein Vorschlagsrecht zu²⁵, jedoch ist der Richter daran nicht gebunden, sondern hat vor allem darauf zu achten, dass der Ernannte unabhängig, geeignet und allen Parteien zuzumuten ist²⁶. Er ist nicht befugt, über die Ernennung hinaus Einfluss auf den Liquidatoren zu nehmen, insbesondere ist jedes Weisungs- oder Aufsichtsrecht ausgeschlossen²⁷. Die Stellung des gerichtlichen unterscheidet sich deshalb nicht von der eines durch die Gesellschaft berufenen Liquidators²⁸.

e) Die *Vormundschaftsbehörde* bestellt der Gesellschaft einen Beistand²⁹, wenn ihr Liquidationsorgane überhaupt fehlen, d.h. wenn auch die gesetzliche Vermutung von OR 740 I³⁰ nicht mehr zum Tragen kommt³¹. Da ZGB 393 Ziff. 4 ausdrücklich der Vormundschaftsbehörde die Kompetenz zur Ernennung fehlender Organe bei Körperschaften zuerkennt, kann in diesem Fall das Liquidationsorgan nicht vom Richter bestellt werden³². Sehr weit geht Schumacher³³,

21 Zum Erfordernis der Notwendigkeit einer Neuernennung Bürgi/Nordmann OR 741 N 16; Schucany OR 741 N 3; Funk OR 741 N 3; Heberlein 39; vgl. auch SemJud 102 (1980) 285.

22 Meier-Hayoz, SJZ 46, 215; Schucany OR 741 N 1; Heberlein 38.

23 Meier-Hayoz, SJZ 46, 215; Bürgi/Nordmann OR 741 N 15, 19; Schucany OR 741 N 1; Heberlein 37 f; SAG 25 (1952/53) 60; SemJud 102 (1980) 285 f.

24 Vgl. vorn bei Anm. 3 ff; Meier-Hayoz, SJZ 46, 218; Heberlein 39.

25 Meier-Hayoz, SJZ 46, 218; Bürgi/Nordmann OR 741 N 17; Funk OR 741 N 3.

26 Bürgi/Nordmann OR 741 N 17; Meier-Hayoz, SJZ 46, 218 f; Heberlein 39.

27 Bürgi/Nordmann OR 741 N 22; Meier-Hayoz, SJZ 46, 219; Bertsch 184; Schucany OR 741 N 5; Funk OR 741 N 3; Hagmann 110; J. Pinösch 81 f; Mettler 40. A.M. anscheinend F. v. Steiger, Recht der AG 342 bei Anm. 55 und ders. SAG 22, 41.

28 Meier-Hayoz, SJZ 46, 214; Bertsch 184; J. Pinösch 81; Heberlein 40.

29 BGE 94 I 565. Nach Auskunft der Vormundschaftsbehörde Zürich erhält der Beistand von der Vormundschaftsbehörde unter Berücksichtigung der konkreten Umstände entweder den Auftrag, die Aktionäre zur Wahl eines Liquidators zu bewegen, was die Verbeiständung in der Folge aufhebt, oder ihr einen Liquidator – oft einen Rechtsanwalt – zu bestellen. Bei einfachen Verhältnissen und im Hinblick auf die durch die Bestellung eines kompetenten Liquidators entstehenden Kosten, kann die Vormundschaftsbehörde den Beistand ermächtigen, die Liquidation selbst vorzunehmen.

30 Vgl. vorn bei Anm. 10.

31 Vgl. Entscheid des Zürcher Obergerichts vom 29.8.1952, ausführlich referiert in SJZ 48 (1952) 289 f und Gubler, SAG 25, 57 ff. Detailliert auch Bürgi/Nordmann OR 740 N 18 f mit Hinweisen; Heberlein 38.

32 Schumacher 89; anders noch W. v. Steiger OR 823 N 17 Abs. 4 und Meier-Hayoz, SJZ 46, 216, der allerdings in Anm. 10 auch die Bestellung eines Beistandes durch die Vormundschaftsbehörde in gewissen Fällen befürwortet.

33 S. 89.

der auch bei blosser Funktionsunfähigkeit des Liquidationsorgans dem Gläubiger ein Antragsrecht auf Bestellung eines Beistandes einräumt.

f) Der *Amtsbeginn* der Liquidatoren folgt unmittelbar auf ihre Bestellung durch die Statuten, die Generalversammlung, die Behörden oder das Gesetz³⁴. Die vom Gesetz vorgeschriebene Anmeldung der Liquidatoren durch die Verwaltung im Handelsregister³⁵ hat nur deklaratorische Wirkung³⁶. Die Annahme des Amtes kann auch stillschweigend erfolgen³⁷. Bei richterlicher Ernennung fordert Meier-Hayoz allerdings eine Annahmeerklärung³⁸.

3. Abberufung

a) OR 740 IV räumt der *Generalversammlung* das Recht ein, jederzeit die von ihr ernannten Liquidatoren abzurufen. Inhaltlich stellt dieser Artikel nicht mehr als eine Wiederholung und Konkretisierung von OR 705 I dar, der der Generalversammlung das Recht einräumt, von ihr berufene Organe abzuwählen³⁹. Das Abberufungsverfahren für Liquidatoren verläuft demnach analog der Abberufung anderer Organe⁴⁰. Vorbehältlich abweichender statutarischer Bestimmungen fasst die Generalversammlung ihren Beschluss mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen⁴¹. Die Abberufung kann nach Gesetz ausdrücklich “jederzeit” und ohne Vorliegen besonderer Gründe⁴² erfolgen. Allgemein wird von der Lehre jedoch dem zu Unzeit abberufenen Liquidator nach Mandatsrecht⁴³ ein Entschädigungsanspruch zugestanden, obwohl OR 740 im Gegensatz zu OR 705 II einen solchen Anspruch nicht ausdrücklich vorsieht⁴⁴.

Unumstritten ist in der Lehre, dass die in OR 740 II gebrauchte Formulierung – “die Generalversammlung kann die *von ihr ernannten* Liquidatoren” jederzeit abberufen – die Abberufung gesetzlicher oder statutarischer Liquida-

34 Bürgi/Nordmann OR 740 N 27; Funk OR 740 N 2; Heberlein 40; J. Pinösch 7; Hagmann 111; F. v. Steiger, Recht der AG 339; ZR 43 (1944) Nr. 38.

35 OR 740 II.

36 F. v. Steiger, Recht der AG 339; Heberlein 40; J. Pinösch 45; BGE 59 II 62.

37 Bürgi/Nordmann OR 740 N 26; Heberlein 40; J. Pinösch 7.

38 SJZ 46, 219; a. M. Heberlein 40.

39 Ausführlich dazu Fuhrer 102 ff; ferner Bürgi OR 705 N 14.

40 Fuhrer 102; Bürgi/Nordmann OR 740 N 22. Zur Abberufung von Organen nach OR 705 vgl. etwa Bürgi zu OR 705.

41 OR 703. Dazu Fuhrer 104; Bürgi/Nordmann OR 740 N 22.

42 Bürgi/Nordmann OR 740 N 22; W. v. Steiger OR 823 N 18.

43 OR 404 II.

44 Bürgi/Nordmann OR 740 N 22; Bürgi OR 705 N 16; ausführlich Fuhrer 105 f.

toren nicht ausschliesst⁴⁵. Statutarische und gesetzliche Liquidatoren werden letzten Endes auch gemäss dem Willen der Generalversammlung in ihr Amt eingesetzt, indem diese die entsprechende Statutenbestimmung genehmigt oder es anlässlich der Auflösung absichtlich unterlässt, andere als die von OR 740 I vorgesehenen Liquidatoren zu ernennen⁴⁶. Es besteht kein Grund, das Abberufungsrecht auf von ihr ausdrücklich in dieses Amt gewählte Liquidatoren zu beschränken.

Vom Richter ernannte Liquidatoren hingegen können nicht ohne weiteres von der Generalversammlung abberufen werden⁴⁷. Der Zweck der richterlichen Bestellung – Schutz der Aktionärsminorität – würde andernfalls illusorisch. Generell hält deshalb die Lehre dafür, dass richterliche Liquidatoren nur durch *einstimmigen* Beschluss der Generalversammlung abberufen werden können⁴⁸. Im Spezialfall von OR 741 II kann ein richterlicher Liquidator ohne weiteres abberufen werden, solange ein anderer vertretungsbefugter Liquidator in der Schweiz Wohnsitz hat und damit der Vorschrift von OR 740 III Genüge getan ist⁴⁹.

b) Die Abberufung von Liquidatoren durch den *Richter*⁵⁰ kann nur auf Antrag⁵¹ eines Aktionärs⁵² erfolgen, wenn *wichtige Gründe* dafür vorliegen. Wichtige Gründe sind dann anzunehmen, “wenn eine richtige und sachgemässe Durchführung der Liquidation in Anbetracht aller Umstände nicht erwartet

45 Bürgi/Nordmann OR 740 N 22; Fuhrer 103. Heberlein 76 verlangt allerdings, m.E. zu Recht, dass die Abberufung statutarischer Liquidatoren der Form einer Statutenänderung genüge. Diese Frage ist jedoch von geringer praktischer Bedeutung, vgl. vorn bei Anm. 12.

46 Vgl. dazu Fuhrer 103 f; Bürgi/Nordmann OR 740 N 22.

47 Hagmann 113; Fuhrer 104; Bürgi/Nordmann OR 741 N 23; Heberlein 76; Bertsch 184 f.

48 Hagmann 113 f; Fuhrer 104; Bürgi/Nordmann OR 741 N 23; Heberlein 76; Bertsch 184 f; Meier-Hayoz, SJZ 46, 214 Anm. 4. Funk OR 741 N 3 verlangt dagegen nur die Zustimmung derjenigen Aktionäre, die die richterliche Bestellung gefordert hatten. In diesem Sinne auch ZBJV 88 (1952) 301 f. Die Abberufung richterlicher Liquidatoren durch die GV kategorisch ablehnend F. v. Steiger, Recht der AG 341.

49 Heberlein 76. A.M. Hagmann 113.

50 OR 741 I.

51 Es gilt hier dasselbe wie bei der Bestellung von Liquidatoren, vgl. vorn bei Anm. 19. Der Richter kann auch nicht einen von ihm eingesetzten Liquidator von Amtes wegen abberufen: Bürgi/Nordmann OR 741 N 23.

52 Gläubiger sind nicht legitimiert. Dazu Fuhrer 109 f; Bürgi/Nordmann OR 741 N 4. Ferner Funk OR 741 N 1.

werden kann”⁵³ und die Ursache dafür in der Person des Liquidators liegt⁵⁴. Ein Verschulden des Liquidators ist nicht Voraussetzung⁵⁵.

Bejaht der Richter das Vorliegen von Gründen, die eine ordentliche Durchführung der Liquidation gefährden, ist er gezwungen, den oder die fraglichen Liquidatoren abzuerochen. Eine blosse Beschränkung ihrer Befugnisse ist nicht zulässig⁵⁶, denn dies bedeutete einen unzulässigen Eingriff in die Unabhängigkeit eines Organs.

c) Anhangsweise sei noch darauf hingewiesen, dass den Liquidatoren, wie den anderen Gesellschaftsorganen⁵⁷, als Gegenstück zur Abberufung, ein einseitiges *Demissionsrecht* zuerkannt wird⁵⁸, das ebenfalls jederzeit ausgeübt werden kann⁵⁹. Allfällige Schadenersatzansprüche der Gesellschaft bleiben vorbehalten⁶⁰.

4. Verhältnis des Liquidators zur Gesellschaft

Das Verhältnis des Liquidators zur Gesellschaft wird im OR nicht ausführlich geregelt. Das Gesetz bezeichnet nur die Generalversammlung, die Verwaltung und die Kontrollstelle als Organe. Judikatur und Lehre zählen aber, getreu dem materiellen Organbegriff, auch die Liquidatoren dazu⁶¹.

53 Fuhrer 110; Bär/Nordmann OR 741 N 9; Meier-Hayoz, SJZ 46, 216; Schucany OR 741 N 2; Funk OR 741 N 2. Für Beispiele wichtiger Gründe vgl. SemJud 102 (1980) 284. Unrichtig m.E. Hagmann 113, der dem Richter die Möglichkeit einräumt, einen von ihm ernannten Liquidator aus “Zweckmässigkeit”, ohne Vorliegen wichtiger Gründe, abzuerochen.

54 SemJud 102 (1980) 284; Fuhrer 110; Bär/Nordmann OR 741 N 8; Funk OR 741 N 2.

55 SemJud 102 (1980) 284; Bertsch 103; Fuhrer 113; Bär/Nordmann OR 741 N 8; Meier-Hayoz, SJZ 46, 217. Vgl. auch Hagmann 103.

56 Hagmann 103; Fuhrer 110.

57 Dazu etwa Bär OR 705 N 7 ff und ausführlich Fuhrer 62 ff.

58 Bär/Nordmann OR 740 N 23; F. v. Steiger, Recht der AG 342; Fuhrer 106; Chichero 83.

59 D.h. auch zur “Unzeit”: Bär OR 705 N 8; Schucany OR 705 N 4.

60 Bär OR 705 N 17; Funk OR 705 N 1 Abs. 3; F. v. Steiger, Recht der AG 342; Fuhrer 106, 73 ff.

61 Ausführlich Hagmann 98 ff; Mettler 17, 20 ff; ferner Bär, Vorbem. zu OR 698 731 N 36; Bär/Nordmann OR 740 N 25; Heberlein 33 f; Forstmoser/Meier-Hayoz § 15 N 4; Gutzwiller, Verbandspersonen 479 ff.

Das Rechtsverhältnis zwischen Liquidator und Gesellschaft wird heute allgemein dem Auftragsrecht unterstellt⁶². Im Rahmen der zwingenden gesetzlichen Vorschriften über die Liquidation kann das Mandat von den Parteien frei ausgestaltet werden⁶³, wobei der Generalversammlung das Recht zusteht, den Liquidatoren intern verbindliche Weisungen zu erteilen⁶⁴. Unzulässig scheint jedoch eine Erweiterung der gesetzlichen Kompetenzen der Liquidatoren durch die Statuten oder die Generalversammlung⁶⁵, weil diejenigen Aufgaben, die nicht schon den Liquidatoren zugeordnet sind, ihrer Natur nach von einem anderen Organ ausgeübt werden müssen⁶⁶. Eine Einschränkung der gesetzlichen Befugnisse des Liquidators lässt Heberlein⁶⁷ zu, soweit dabei die Interessen der Gläubiger nicht gefährdet werden, ablehnend dagegen Bürgi/Nordmann⁶⁸, Funk⁶⁹, W. von Steiger⁷⁰ und Schucany⁷¹, die sich der Expertenkommission⁷² anschliessen.

5. Aufgaben und Kompetenzen der Liquidatoren

OR 742 und 743 enthalten eine ausführliche Aufzählung der Aufgaben der Liquidatoren. Es fällt nun diesen zu, die Bilanzen zu erstellen⁷³ und bei Überschuldung den Richter zu benachrichtigen. Sie haben die Gläubiger von der Auflösung in Kenntnis zu setzen, die laufenden Geschäfte zu beenden, Aktiven zu verwerten, Schulden zu tilgen und über die ordnungsgemässe Beendigung des Liquidationsverfahrens zu wachen. Diese Listen von OR 742 und 743 sind nicht abschliessend. So enthält OR 739 II, negativ formuliert, eine allgemeine Kompetenzvermutung zugunsten der Liquidatoren, indem die Aufgaben der übrigen Organe während der Liquidation auf diejenigen Handlungen be-

62 Bürgi/Nordmann OR 740 N 28; Heberlein 41; Meier-Hayoz, SJZ 46, 215; Hagmann 100 und 111 f; ferner F. v. Steiger, Recht der AG 342. Früher war die Natur dieses Rechtsverhältnisses umstritten, deshalb differenzierend Mettler 15 ff und J. Pinösch 8 ff.

63 Heberlein 41.

64 Heberlein 58, 77 f; Bürgi/Nordmann OR 739 N 26; Schucany OR 739 N 2a; F. v. Steiger, Recht der AG 342; Fuhrer 100 ff; F. v. Steiger, SAG 22, 41. A.M. W. v. Steiger OR 823 N 6; Funk OR 739 N 4.

65 ProtExp 411; Schucany OR 739 N 2a; einschränkend Heberlein 58 ff.

66 Heberlein 58 f.

67 S. 59; vgl. auch F. v. Steiger, Recht der AG 342.

68 OR 739 N 24.

69 OR 739 N 4.

70 OR 823 N 14b.

71 OR 739 N 2a.

72 ProtExp 411.

73 Vgl. nachstehend § 3 nach Anm. 1.

schränkt werden, die „ihrer Natur nach ... nicht von den Liquidatoren vorgenommen werden können“⁷⁴. Insbesondere obliegt den Liquidatoren auch der Umgang mit den Steuerbehörden⁷⁵. Zur Erfüllung ihrer Aufgaben werden den Liquidatoren entsprechende Kompetenzen eingeräumt: Ihre Vertretungsmacht erstreckt sich auf alle Rechtsgeschäfte, die der Liquidationszweck mit sich bringen kann⁷⁶ und ist nach aussen nur im Rahmen der möglichen Handelsregister-einträge⁷⁷ beschränkbar⁷⁸. Im Innenverhältnis richtet sie sich nach dem von der Gesellschaft erhaltenen Mandat⁷⁹. So weist ihnen OR 743 II ausdrücklich auch eine umfassende Prozessführungsbefugnis zu⁸⁰ und erlaubt ihnen – sofern dies nötig ist – den Abschluss neuer,werbender Geschäfte⁸¹.

Näheres zu den Aufgaben der Liquidatoren ist im § 3 über die Durchführung der Liquidation ausgeführt.

II. Generalversammlung

Grundsätzlich fallen der Generalversammlung nach der Auflösung dieselben Aufgaben zu, wie imwerbenden Stadium. Sie kann Statutenänderungen vornehmen, Organe wählen, abberufen und Décharge erteilen. In gewissen Handlungen ist aber auch sie während der Liquidation eingeschränkt.

Statutenänderungen sind nur noch dann zulässig, wenn sie mit dem Liquidationszweck vereinbar sind und insbesondere keinen nachteiligen Einfluss auf das Liquidationsverfahren haben⁸². So wirkt z.B. eine Kapitalerhöhung dem Liquidationszweck entgegen und ist deshalb unzulässig⁸³. Hingegen ist die Herabsetzung des Aktienkapitals mit Bewilligung des Richters möglich⁸⁴. Eine

74 Zu den Aufgaben der Liquidatoren aufgrund der gesetzlichen Generalklausel vgl. etwa Heberlein 53 ff.

75 Känzig WStB 84 N 2; vgl. dazu nachstehend § 9.

76 Schucany OR 743 N 5; Bürgi/Nordmann OR 742 N 2; Heberlein 42 ff.

77 Kollektiv- oder auf Zweigstelle beschränkte Unterschrift, OR 718 II.

78 Bürgi/Nordmann OR 742 ff N 2; F. v. Steiger, Recht der AG 342; Heberlein 42 ff; Schucany OR 743 N 5; vgl. schon die Botschaft des Bundesrates, BBl 1928 I 259.

79 Heberlein 44; Schucany OR 743 N 5; Bürgi/Nordmann OR 742 ff N 3; Metzler 33.

80 Vgl. etwa Heberlein 54 f.

81 Vgl. dazu Heberlein 55.

82 Heberlein 70; F. v. Steiger, Recht der AG 341; Bürgi/Nordmann OR 739 N 10; Forstmoser, Aktienrecht § 7 N 131.

83 Heberlein 71; Bürgi/Nordmann OR 739 N 12; F. v. Steiger, Recht der AG 341; Forstmoser, Aktienrecht § 7 N 131.

84 Bürgi/Nordmann OR 739 N 13 und dort zit. Lit.; Heberlein 71 f; Fritz v. Steiger: Teilweise Rückzahlung des Aktienkapitals nach Ablauf des Sperrjahres, aber vor Tilgung aller Verbindlichkeiten, in: SAG 11 (1938/39) 64 f; ders., Recht der AG 341. Ablehnend dagegen Locher 65.

Änderung der Firma kommt aus Publizitätsgründen nicht mehr in Frage⁸⁵. Mit Zustimmung der Mehrheit der Aktionäre⁸⁶ und aller bekannten Gesellschaftsgläubiger kann jedoch u.U. der Gesellschaftssitz verlegt werden, eine Massnahme, die aus steuerlichen Gründen liquidationsfördernd sein kann⁸⁷.

Unklar ist, ob und wieweit die Generalversammlung während der Liquidation über die Verwendung des Liquidationserlöses noch Beschluss fassen kann. Der Aktionär hat grundsätzlich ein wohlverworbenes Recht im Sinne von OR 646 III auf Anteil am Liquidationsergebnis⁸⁸. Falls nicht schon die Urstatuten dies vorsehen⁸⁹, kann die Generalversammlung den ganzen oder teilweisen Entzug des Liquidationsanteils nur unter Zustimmung sämtlicher Aktionäre beschliessen⁹⁰. Es liegt jedoch in der Natur der Gesellschaft, dass gewisse Beschlüsse eine Schmälerung des Liquidationsergebnisses mit sich bringen, obwohl sie nicht darauf ausgerichtet sind. Es ist dies etwa der Fall bei der Ausschüttung jeder Dividende, der Ausrichtung von Tantiemen, der Ausgabe von Prioritätsaktien⁹¹ die, unter dem Vorbehalt anderer statutarischer Bestimmungen, nicht der Zustimmung aller Aktionäre bedürfen. Diese Beschlüsse sind im werbenden Stadium zulässig, solange sie nicht machtmisbräuchlich sind und sie der Zweck der Gesellschaft rechtfertigt. Im Liquidationsstadium ist aber der einzige Zweck der Gesellschaft, einen möglichst grossen Liquidationserlös zu erzielen. Der Entzug oder die Einschränkung des Anteils am Liquidationsergebnis, scheint demnach bei der aufgelösten Gesellschaft grundsätzlich nicht mehr möglich⁹². Es ist jedoch Heberlein⁹³ zuzustimmen, der auch nach der Auflösung, bei Einstimmigkeit, die Beschlussfassung über eine anderweitige Verwendung des Liquidationserlöses zulässt.

Die Generalversammlung bleibt weiterhin zuständig für die *Wahl* und die *Abberufung* der Verwaltung, der Liquidatoren und der Kontrollstelle⁹⁴, die

85 Bürgi/Nordmann OR 739 N 12; F. v. Steiger, Recht der AG 341.

86 Forstmoser, Aktienrecht § 4 N 144.

87 Bürgi/Nordmann OR 739 N 12. Gemäss einem Schreiben des Eidg. Amtes für das Handelsregister vom 29. November 1929, in SJZ 26 (1929/30) 298, ist die Zustimmung aller Aktionäre und Gläubiger für sämtliche Statutenänderungen notwendig, eine Voraussetzung, die heute nicht mehr verlangt wird.

88 F. v. Steiger, Recht der AG 345; Schluep 80 ff; Budliger 86; F. Maurer 68 ff; Edelmann, SAG 16, 91; Gottfried Weiss: Die nicht entziehbaren Rechte des Aktionärs, in: SJZ 39 (1942/43) 529, 535.

89 Schluep 82 f; Budliger 86 f; Edelmann SAG 16, 91 f.

90 Bürgi/Nordmann OR 745 N 4; F. v. Steiger, Recht der AG 345; Heberlein 51 Anm. 65; Budliger 87 f.

91 Vgl. etwa Bürgi/Nordmann OR 745 N 5; Budliger 88; F. Maurer 60 f.

92 Vgl. BGE 61 II 177 für eine Genossenschaft.

93 S. 51.

94 OR 698 II Ziff. 2 und OR 740 I. Heberlein 72; Bürgi/Nordmann OR 739 N 20; J. Pionösch 39; pk, SAG 29, 78.

Ernennung von Kommissären und Sachverständigen⁹⁵. Umstritten ist in der Lehre, ob die Existenz von Direktoren und Prokuristen mit der Liquidation überhaupt vereinbar sei. M.E. ist dies zu bejahen⁹⁶. Weisen die Statuten oder das Reglement die Kompetenz zur Ernennung solcher Organe der Generalversammlung zu, so kann sie diese weiterhin ernennen, wobei der Entscheid über die Notwendigkeit einer Bestellung von den Liquidatoren gefällt wird⁹⁷.

Die *Rechnungsabnahme*⁹⁸ besteht nach der Auflösung darin, das Liquidationskonto⁹⁹ und den Liquidationsbericht, allfällige Zwischenbilanzen und die Schlussabrechnung zu genehmigen oder abzulehnen¹⁰⁰ und den Liquidatoren, allenfalls der Verwaltung¹⁰¹ Décharge zu erteilen. Über die Verwendung des Reingewinns wird naturgemäss nicht mehr entschieden¹⁰².

Die Generalversammlung ist überdies zuständig für die Anhebung von Verantwortlichkeitsklagen¹⁰³. Sie entscheidet über den freihändigen Verkauf von Aktiven¹⁰⁴ und hat ein beschränktes Weisungsrecht gegenüber den Liquidatoren¹⁰⁵.

Ein näheres Eingehen auf die Kompetenzen der Generalversammlung würde den Rahmen dieser Übersicht sprengen. Es wird deshalb auf die umfassenden Ausführungen von Heberlein¹⁰⁶ und Bürgi/Nordmann¹⁰⁷ verwiesen.

III. Verwaltung

Das Fortbestehen der Verwaltung während der Liquidation (sofern diese von Fremdliquidatoren besorgt wird)¹⁰⁸ wird von einigen Autoren bestritten. Nach diesen fallen der Verwaltung nach der Anmeldung der Auflösung im Handels-

95 OR 731 I. Bürgi/Nordmann OR 739 N 25; Heberlein 72; pk, SAG 29, 78.

96 Zur Begründung vgl. nachstehend nach Anm. 133.

97 Heberlein 60.

98 OR 698 Ziff. 3.

99 Ersetzt Gewinn- und Verlustrechnung.

100 Bürgi/Nordmann OR 739 N 21; Beeler 203; Heberlein 77.

101 Bürgi/Nordmann OR 739 N 23; Heberlein 74; Schucany OR 739 N 2.

102 Vgl. etwa Bürgi/Nordmann OR 739 N 22; F. v. Steiger, SAG 22, 42 ff. Ein Beschluss über die Verteilung eines allfälligen Liquidationsüberschusses ist nicht nötig, vgl. nachstehend § 3 bei Anm. 70.

103 OR 754. BGE 48 III 73; Bürgi/Nordmann OR 739 N 25; Funk OR 739 N 4; Schucany OR 743 N 2; pk, SAG 29, 78.

104 OR 743 IV.

105 Vgl. vorn nach Anm. 63.

106 S. 68 ff.

107 OR 739 N 9 ff.

108 Mit Fremdliquidator wird allgemein derjenige bezeichnet, der sein Amt nicht von Gesetzes wegen ausübt. Besorgt die Verwaltung die Liquidation, so spricht man von Eigenliquidatoren.

register¹⁰⁹ keine Aufgaben mehr zu¹¹⁰. Nach mehrheitlich herrschender Ansicht erfüllt aber auch die Verwaltung während der Liquidation gewisse Pflichten, die nicht den Liquidatoren übertragen werden können. Bürgi/Nordmann¹¹¹, Schucany¹¹², Funk¹¹³ und W. von Steiger¹¹⁴ nennen dabei insbesondere die Aufsichtspflicht¹¹⁵ und das Anfechtungsrecht¹¹⁶. Die Aufsichtspflicht wird jedoch hinfällig, sobald die Verwaltung selbst die Liquidation vornimmt und die Anfechtung der Generalversammlungsbeschlüsse, wie auch alle übrigen allenfalls der Verwaltung verbleibenden Aufgaben, wird in diesem Falle selbstverständlich von den Liquidatoren – wiewohl in Personalunion mit der Verwaltung – besorgt.

Das formaljuristische Argument der Personalunion von Verwaltung und Liquidatoren täuscht nicht darüber hinweg, dass eine Aufteilung der respektiven Aufgaben dieser beiden Organe nur sinnvoll ist, wenn sie von verschiedenen, von einander unabhängigen Personen übernommen werden. Ist diese Aufteilung aber im Falle gesetzlicher Liquidatoren nicht notwendig, so kann sie auch nicht gefordert werden, wenn die Liquidation von Gesellschaftsfremden durchgeführt wird. Das Gesetz macht denn auch keinen Unterschied zwischen Eigen- und Fremdliquidatoren, diese sind jenen vollumfänglich gleichgestellt¹¹⁷. Es geht deshalb m.E. nicht an, aus dem Gesetz abzuleiten, den Fremdliquidatoren sei zwingend eine Verwaltung zur Seite zu stellen, die diese überwacht und ihr einzelne Aufgaben abnimmt¹¹⁸.

Der Generalversammlung ist es also freigestellt, eventuell auch implizit das Fortbestehen der Verwaltung zu beschliessen und ihr gewisse Kompetenzen zuzuweisen, z.B. ein Einsichtsrecht in die Tätigkeit der Liquidatoren, ein beschränktes Weisungsrecht, das durch die Sachkenntnis der Verwaltung gerechtfertigt ist, allenfalls die Weiterführung hängiger Prozesse¹¹⁹, die Einberufung¹²⁰ und Durchführung der Generalversammlung und anderes mehr¹²¹. Im ganzen wird der Gesellschaft bei der Aufteilung von nicht direkt die Liquida-

109 OR 737.

110 So F. v. Steiger, SAG 22, 40 ff; einschränkend ders., Recht der AG 341; Mettler 24 f.

111 OR 739 N 33.

112 OR 739 N 2b.

113 OR 739 N 4.

114 OR 823 N 5.

115 OR 722 II Ziff. 3. Nach Heberlein 80 ist die Oberaufsicht der Verwaltung über die Geschäftsführung während der Liquidation nicht mehr gerechtfertigt.

116 OR 706.

117 So auch Heberlein 40.

118 A.M. Bürgi/Nordmann OR 739 N 33.

119 Vgl. den Wortlaut von OR 743 III, nach dem die Liquidatoren Prozesse führen können, wohl aber nicht immer selbst müssen.

120 Schumacher 104.

121 Ähnlich J. Pinösch 68 f.

toren betreffenden Aufgaben zwischen Verwaltung und Liquidatoren relativ grosse Freiheit zugestanden¹²². Mit den verschiedenen Aufgaben, die der Verwaltung während der Liquidation zufallen können, befassen sich ausführlicher Heberlein¹²³ und Bürgi/Nordmann¹²⁴.

IV. Kontrollstelle

Der Kontrollstelle stehen während der Liquidation im wesentlichen dieselben Aufgaben zu, wie vor der Auflösung¹²⁵. Es sind dies:

- Prüfung des Rechnungswesens¹²⁶
- Prüfung des Gewinnverteilungsvorschlags¹²⁷
- Meldepflicht bei Gesetzesverletzungen oder schwerwiegenden Mängeln in der Geschäftsführung¹²⁸
- Meldepflicht bei Unterbilanz und Überschuldung¹²⁹
- Einberufung der Generalversammlung im Bedarfsfalle¹³⁰.

Während der Liquidation prüft sie nun die von den Liquidatoren erstellten Bilanzen, den Vorschlag zur Verteilung des Liquidationsüberschusses und überwacht deren Geschäftsführung¹³¹.

V. Prokuristen und Direktoren

Umstritten ist in der Lehre, ob Prokuristen und Direktoren während der Liquidation eine Existenzberechtigung haben. Ein grosser Teil der hiezu Stellung nehmenden Autoren lehnen dies ab¹³² mit der Begründung, ihre Vertretungsbe-

122 Bürgi/Nordmann OR 739 N 30 ff.

123 78 ff.

124 OR 739 N 27 ff.

125 Heberlein 86; Bürgi/Nordmann OR 739 N 34; Funk OR 739 N 4; Schucany OR 739 N 2c; pk, SAG 29, 79; Metzler 33.

126 OR 728.

127 OR 729 I.

128 OR 729 III. Dazu etwa Hunziker 43 ff; Bättig 86 ff.

129 OR 725; vgl. BGE 86 II 182 ff.

130 OR 699 I; vgl. BGE 86 II 182 f; 93 II 28; Revisionshandbuch 3.44. S. 15 ff.

131 Heberlein 86 f; Bürgi/Nordmann OR 739 N 34 ff, 742 ff N 21. Berweger 145 f. Vgl. ausserdem die Aufsätze von Günther Schultz, Mathias Widmer und Arthur Hunziker zur Aufgabe der Kontrollstelle.

132 Vgl. die bei Heberlein 56 Anm. 80 zit. Lit.

fugnis sei mit derjenigen der Liquidatoren nicht vereinbar¹³³. M.E. kann aber die Mitwirkung von früheren Exekutivorganen der Liquidation u.U. nützlich oder sogar unabdingbar sein. Es ist deshalb Heberlein¹³⁴ beizustimmen, der sich für die Beibehaltung dieser Organe ausspricht, solange sie unter Aufsicht der Liquidatoren stehen¹³⁵ und diesen die Entscheidung über die Notwendigkeit ihrer Bestellung oder Abberufung obliegt.

133 So J. Pinösch 26.

134 S. 56 f.; vgl. auch F. v. Steiger, *Recht der AG* 342.

135 Heberlein 80.

§ 3 Durchführung des Liquidationsverfahrens

1. Liquidationsbilanzen

a) Bei der Übernahme ihres Amtes haben die Liquidatoren eine *Liquidationseröffnungsbilanz* zu erstellen¹ und diese den eidgenössischen und kantonalen Steuerbehörden einzureichen². Ungleich der Jahresbilanz³ werden die Aktiven bei der Liquidationseröffnungsbilanz nicht zu dem Werte eingesetzt, der ihnen "im Zeitpunkt, auf welchen die Bilanz errichtet wird, für das Geschäft zukommt"⁴, sondern zum Veräusserungswert⁵. Besteht eine konkrete Möglichkeit, die Unternehmung als Ganzes zu verkaufen, so darf dieser Tatsache in der Bilanz Rechnung getragen werden⁶. Bilanzstichtag ist der Tag der Auflösung der Gesellschaft⁷. Vom Gesetz nicht vorgesehen ist das Erstellen einer Abschlussbilanz für das angebrochene Geschäftsjahr, nach den bisherigen Bilanzierungsgrundsätzen⁸. Schultz ist allerdings der Meinung, diese Abschlussbilanz sei für die Beurteilung der Liquidationseröffnungsbilanz unumgänglich, könne sich doch der Aktionär von den "Bewertungskorrekturen, die zur Liquidationseröffnungsbilanz geführt haben ... nur ein einigermaßen klares Bild machen, wenn ihm neben der Liquidationseröffnungsbilanz auch der Zwischenabschluss zu Betriebswerten vorgelegt wird"⁹. Zweck der Liquidationseröffnungsbilanz ist die Bestimmung des ungefähren Liquidationserlöses¹⁰ oder allenfalls die Aufdeckung der Überschuldung der Gesellschaft¹¹. Es empfiehlt sich, zur Absicherung gegen allfällige Verantwortlichkeitsansprüche¹², diese Bilanz der Gene-

1 OR 742 I. Zur Führung der Bücher während der Liquidation zeigt Käfer OR 960 N 449 verschiedene Modalitäten auf.

2 Vgl. nachstehend § 9 bei Anm. 13.

3 OR 662 ff.

4 OR 960 II.

5 Vgl. dazu ausführlich Käfer OR 960 N 443 ff; Bürgi/Nordmann OR 742 ff N 14 ff und dort angeführte Literatur; ferner Heberlein 45 f; Blumer/Graf 264. Zur Problematik der Schätzung des Verkaufswerts Boemle 460 ff; Revisionshandbuch 2.2 S. 57, 94 f. Besonderheiten der Liquidationsbilanz bei Hürlimann 378.

6 So etwa Funk OR 742 N 1; Bürgi/Nordmann OR 742 ff N 16; Janggen/Becker OR 823 N 12; Beeler 56; Käfer OR 960 N 445.

7 Bürgi/Nordmann OR 742 ff N 13; Schucany OR 741 N 1 und 743 N 6; F. v. Steiger, Recht der AG 343; Beeler 55; Heberlein 45; Boemle 460. Unrichtig Funk OR 743 N 7; Tag des Registerintrags.

8 Die Erstellung dieser Bilanz wäre noch Sache der Verwaltung; Schultz 104.

9 S. 105; weniger weitgehend Bürgi/Nordmann OR 742 ff N 12, die die Abschlussbilanz nur in Ausnahmefällen für notwendig erachten.

10 So etwa Bürgi/Nordmann OR 742 ff N 14; W. v. Steiger OR 823 N 21.

11 Funk OR 743 N 4; Schultz 104.

12 Schultz 105; Heberlein 46; F. v. Steiger, Recht der AG 343.

ralversammlung zur Genehmigung vorzulegen¹³ und ihr einen erläuternden Bericht beizulegen.

b) Bei länger dauernder Liquidation sind jährliche *Zwischenbilanzen*¹⁴ zu erstellen, mit Stichtag am Datum der Auflösung oder der früheren Jahresbilanz¹⁵. Zu diesen Zwischenbilanzen gehört nach den allgemeinen Grundsätzen der kaufmännischen Buchführung (in den gesetzlichen Vorschriften über die Liquidation ist dies allerdings nicht ausdrücklich erwähnt), eine Erfolgsrechnung¹⁶, die den Unterschied zwischen Bewertungsansätzen und effektivem Verkaufserlös widerspiegelt¹⁷. Bei Überschuldungsgefahr sind häufigere Zwischenbilanzen zu erstellen¹⁸. Zeigen diese Bilanzen effektiv eine Überschuldung¹⁹ der Gesellschaft, so haben die Liquidatoren den Richter zu benachrichtigen²⁰.

c) Die nach Beendigung aller Liquidationshandlungen²¹ erstellte *Liquidationsschlussbilanz*, bildet die Grundlage zur Verteilung eines allfälligen Überschusses an die Gesellschafter²². Mit der Genehmigung der Schlussbilanz durch die Generalversammlung wird die Liquidationsquote der Gesellschafter zur Forderung²³.

2. Schuldeneruf

Zur Erstellung der Liquidationseröffnungsbilanz haben die Liquidatoren die Gläubiger von der Auflösung in Kenntnis zu setzen und sie zur Anmeldung ihrer Ansprüche aufzufordern²⁴. Anzumelden sind alle Forderungen und

13 Anscheinend ablehnend Beeler 202.

14 OR 743 V.

15 Bürgi/Nordmann OR 742 ff N 24; Schultz 105; Janggen/Becker OR 823 N 13; die zweite Möglichkeit verneinend Heberlein 45, Widmer, Mandat 7 und Schucany OR 743 N 6.

16 Beeler 203; Heberlein 46; Boemle 463.

17 Bürgi/Nordmann OR 742 ff N 23; Boemle 463; Heberlein 46; Gutzwiller OR 913 N 35.

18 Bürgi/Nordmann OR 742 ff N 26; Funk OR 743 N 7; Heberlein 45 f.

19 Dazu neuestens Giroud 54 ff.

20 OR 743 II. Dazu etwa Bürgi/Nordmann OR 742 ff N 26; Heberlein 45; Janggen/Bekker OR 823 N 13; Giroud 70 ff.

21 Vgl. etwa Käfer OR 960 N 450; Janggen/Becker OR 823 N 18.

22 Dazu Heberlein 46; Boemle 463; Beeler 56; Bürgi/Nordmann OR 745 N 1; Schucany OR 745 N 1.

23 Funk OR 745 N 1; Janggen/Becker OR 823 N 21; Edelmann, SAG 16, 93; Budliger 61 ff; F. v. Steiger, Recht der AG 345. Dazu Näheres hinten bei Anm. 69 ff.

24 OR 742 II. Nach Gutzwiller OR 913 N 16 f hat der Schuldeneruf erst nach Erstellung der Liquidationsbilanz zu erfolgen. Zur Erstellung einer vollständigen Bilanz ist jedoch vorgängiges Wissen um alle Passiven notwendig.

Rechte, auch bedingte, bestrittene und nicht fällige²⁵. Den der Gesellschaft bekannten Gläubigern wird persönlich von der Auflösung Mitteilung gemacht, zur Information der anderen ist eine entsprechende, dreimalige²⁶ Veröffentlichung im SHAB und eventuell in einer anderen, von den Statuten vorgesehenen Form²⁷, vorgeschrieben²⁸. Eine gesetzliche Frist, während der die Gläubigeransprüche geltend gemacht werden müssen, besteht nicht²⁹. Bis zur Verteilung des Liquidationserlöses an die Aktionäre können deshalb noch Forderungen angemeldet werden. Nach Löschung der Gesellschaft werden Gläubiger, welche die Anmeldung versäumt haben, zur Geltendmachung ihrer Ansprüche auf die Wiedereintragung verwiesen³⁰, wobei sie bei rechtskonformer Liquidation nur dann befriedigt werden müssen, wenn nach der Löschung weitere Aktiven entdeckt werden³¹.

Der Schuldenruf durch dreimalige Publikation der Auflösung im SHAB und in anderen statutarischen Publikationsorganen, ist vom Gesetz zwingend vorgeschrieben. Da jedoch der Handelsregisterführer weder die Pflicht noch die Kompetenz hat, anlässlich der Anmeldung der Löschung die ordnungsgemässe Durchführung der Liquidation zu prüfen³², besteht die Möglichkeit, dass die Gesellschaft ohne vorhergehenden Schuldenruf gelöscht wird. Der Schuldenruf stellt nun aber eine der hauptsächlichen Gläubigerschutzbestimmungen während dem Liquidationsverfahren dar. Er kann allenfalls schadlos unterlassen werden, wenn einer Gesellschaft sämtliche Gläubiger bekannt sind und sie befriedigt werden³³. Gläubiger aber, die erst nach der Löschung von der Liquidation erfahren, können nur auf dem Wege der Wiedereintragung und der Verantwortlichkeitsklage versuchen, ihre Guthaben zurückzuerhalten. Erfährt jemand anderweitig von der Liquidation, so kann er auch ohne Schuldenruf

25 Bürgi/Nordmann OR 742 ff N 9; Funk OR 742 N 5. In der Gesetzgebung der BRD etwa fehlt ein analoges Verfahren zur Feststellung der Schuldenmasse, vgl. Karsten Schmidt: Die stille Liquidation: Stiefkind des Insolvenzrechts, in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis (Köln) 1982 Heft 1 S. 12.

26 OR 745 II.

27 Die dreimalige Bekanntmachung ist auch in den von den Statuten vorgeschriebenen Publikationsorganen zwingend, da auf diese gleicher Verlass sein soll, wie auf jene im Handelsamtsblatt. So Forstmoser, Aktienrecht § 16 N 186 zum Schuldenruf bei Kapitalherabsetzung.

28 OR 742 II.

29 Bürgi/Nordmann OR 742 ff N 9; Diethelm 48 ff; Funk OR 742 N 5; Schucany OR 742 N 5; F. v. Steiger, Recht der AG 343 f.

30 Bürgi/Nordmann OR 742 ff N 9; Schucany OR 742 N 5; ferner Funk OR 742 N 5. Vgl. zum Wiedereintragungsbegehren hinten bei § 5.

31 Bürgi/Nordmann OR 746 N 12; F. v. Steiger, Recht der AG 346.

32 Anders jedoch die Praxis der Westschweizer Register, vgl. nachstehend § 6 bei Anm. 31.

33 Krebs, SAG 3, 40. Allerdings besteht immer das Risiko, dass Gläubiger aus unerlaubter Handlung der Gesellschaft nicht bekannt sind und demnach nicht erfasst werden.

seine Forderungen anmelden und allenfalls die Verteilung des Vermögens vom Richter verbieten lassen³⁴. Der Schuldenruf selbst kann aber nicht erzwungen werden, denn auch der Richter darf die Publikation nicht erlassen³⁵. So ist diese Vorschrift als Gläubigerschutzbestimmung wirkungslos, solange sich ihr die Organe einer Gesellschaft nicht freiwillig, im Bewusstsein möglicher Verantwortungsklagen, unterwerfen.

3. Abwicklung der laufenden Geschäfte und Realisierung der Aktiven

a) Die Liquidatoren sind um die *Abwicklung der laufenden Geschäfte* besorgt, was aber nicht heisst, diese seien vorzeitig zu beenden³⁶. Falls die zweckmässige Durchführung der Liquidation dies verlangt, sind auch werbende Geschäfte, die am Ende die optimale Abwicklung fördern, zulässig³⁷. Insbesondere wenn die Unternehmung als Ganzes verkauft werden soll, ist die Weiterführung ihrer Betriebe und damit der Abschluss neuer Geschäfte, unumgänglich³⁸.

b) Die *Realisierung der Aktiven* besteht einerseits aus dem Einziehen von Forderungen, anderseits aus der Versilberung des Gesellschaftsvermögens. Die Liquidatoren haben fällige, im Rahmen des Geschäftsbetriebs entstandene Forderungen geltend zu machen³⁹. Dazu gehören auch Forderungen aus Verantwortlichkeitsklagen. Der Beschluss über die Erhebung der Klage fällt allerdings in die Kompetenz der Generalversammlung⁴⁰. Nach OR 743 I sind auch ausstehende Liberierungsbeträge nötigenfalls noch einzufordern. Von der Lehre wird diese Vorschrift allgemein dahin interpretiert, dass die volle Liberierung nur verlangt werden darf, wenn die Gesellschaft ihre Schulden nicht mehr tilgen kann, sei es, weil ihr die nötigen Mittel fehlen, sei es, dass sie momentan zahlungsunfähig ist⁴¹. Solange die Gesellschaft ihre Verbindlichkeiten erfüllen könne, sei es sinnlos⁴², allenfalls sogar schikanös⁴³, die Restliberierung zu verlangen, da für die Abwicklung der Geschäfte kein neues Kapital benötigt werde.

34 Heberlein 47; vgl. dazu nachstehend bei Anm. 65.

35 Heberlein 47; dazu nachstehend § 8 nach Anm. 3.

36 Bürgi/Nordmann OR 742 ff N 32.

37 Ausführlich dazu Heberlein 55; Mettler 61 ff; ferner Budliger 56 f mit Beispielen; Bürgi/Nordmann OR 742 ff N 32; Funk OR 743 N 1; Janggen/Becker OR 823 N 14; Schucany OR 743 N 1; Gutzwiller OR 913 N 3, 34.

38 Bürgi/Nordmann OR 742 ff N 43; Funk OR 743 N 3; Heberlein 55.

39 Bürgi/Nordmann OR 742 ff N 33.

40 BGE 48 II 73; Bürgi/Nordmann OR 742 ff N 33; Funk OR 743 N 2; Schucany OR 743 N 2; pk, SAG 29, 78.

41 Vgl. dazu Budliger 35; Bürgi/Nordmann OR 742 ff N 34; Funk OR 743 N 2; Heberlein 49; Wettstein 101.

42 Boemle 461.

43 ZR 36 (1937) Nr. 88, dagegen Praxis 26 (1937) 54.

Ergibt sich nach dem Schuldenruf und nach Einziehen der Forderungen keine Überschuldung, so werden die Aktiven der Gesellschaft – Immobilien, Fahrnis, Wertpapiere, Rechte usw. – von den Liquidatoren veräußert. Sofern die Generalversammlung ihnen keine anderen Weisungen erteilt⁴⁴, bestimmen sie selbst, ob versteigert oder freihändig verkauft werden soll⁴⁵. Der Verkaufserlös ist sicher anzulegen, soweit er nicht sofort zur Schuldentilgung verwendet wird⁴⁶. Grundsätzlich spricht nichts dagegen, den Verkaufserlös, damit er nicht brach liegen soll, den Aktionären in Form von Darlehen zur Verfügung zu stellen. Dabei sind jedoch folgende Voraussetzungen zu beachten: Das Darlehen darf dem Aktionär nicht zu günstigeren Konditionen überlassen werden, als sie jedem beliebigen Dritten gewährt würden, da sonst die Gesellschaft durch Zinsverlust Schaden erlitte, und die Bonität des Schuldners muss ausser Zweifel stehen, damit das Darlehen nicht als unerlaubte Ausschüttung des Liquidationserlöses qualifiziert werden muss⁴⁷. Zu beachten ist überdies, dass diese Darlehen, sollten sie bei Beendigung der Liquidation nicht zurückgefordert werden können, einen der Verrechnungssteuer unterliegenden Liquidationserlös darstellen. Die Gesellschaft sollte genügend Aktiven zurückbehalten, um diese Steuer-schuld zu begleichen⁴⁸.

4. Erfüllung von Verpflichtungen

a) Fällige Forderungen: Durch die Auflösung werden die Schulden der Gesellschaft nicht automatisch fällig, sondern sie werden jeweils im Laufe der Liquidation in der Reihenfolge ihrer Fälligkeit beglichen⁴⁹. Besteht bei länger dau-

44 OR 743 IV.

45 Dazu Bürgi/Nordmann OR 742 ff N 37; Funk OR 743 N 3; Heberlein 58; Janggen/Becker OR 823 N 14; F. v. Steiger, Recht der AG 344.

46 Bürgi/Nordmann OR 742 ff N 39 ff.

47 Mit der Problematik der Darlehen an Aktionäre befassen sich eingehend Peter Böckli: Darlehen an Aktionäre als aktienrechtlich kritischer Vorgang, in: Treuhänder 54 (1980) Heft 2 S. 4 ff unter Auseinandersetzung mit der neueren Literatur und Günther Schultz: Zur Problematik von Darlehen an Aktionäre aus der Sicht der Kontrollstelle, in: Abschlussprüfung und Unternehmensberatung, Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen der Schweizerischen Treuhand- und Revisionskammer (Zürich 1975) (Bd 14 der Schriftenreihe der schweizerischen Treuhand- und Revisionskammer) S. 238 ff.

48 Vgl. Schultz (zit. Anm. 47) 241. Dieses Problem ist v. a. bei ausländisch beherrschten Holdinggesellschaften relevant. Zur solidarischen Haftung der Liquidatoren vgl. nachstehend § 8 Anm. 67.

49 Funk OR 743 N 1; F. v. Steiger, Recht der AG 344.

ernder Liquidation die Gefahr einer Überschuldung, so sind Abschlagszahlungen an alle Gläubiger im Verhältnis ihrer Forderungsbeträge vorzunehmen⁵⁰.

Für nicht angemeldete, fällige Forderungen bekannter Gläubiger, muss ein entsprechender Betrag gerichtlich hinterlegt werden⁵¹. Unklar ist, ob diese Vorschrift auch für bekannte Forderungen unbekannter Gläubiger gelte. Die Mehrheit der Autoren⁵² tritt für die Hinterlegung ein. Auch das Bundesgericht hat in diesem Sinne entschieden im Falle einer Bank, die zur Ermittlung der Gläubiger nur unzulängliche Massnahmen ergriffen hatte⁵³. Nach Schucany⁵⁴ sind aber unbekannte Gläubiger bei der Hinterlegung nicht zu berücksichtigen, wenn erfolglos alles zu ihrer Eruiierung vorgekehrt worden ist⁵⁵.

b) Nicht fällige Forderungen: Für bestrittene, nicht fällige⁵⁶ und in ihrer Höhe noch unbestimmte künftige⁵⁷ Forderungen, muss ebenfalls ein entsprechender Betrag hinterlegt oder eine Sicherheit bestellt werden⁵⁸. Wird mit der Verteilung des Vermögens zugewartet, bis all diese Forderungen beglichen sind, entfällt naturgemäss die Pflicht zur Hinterlegung⁵⁹.

5. Verteilung des Liquidationsüberschusses

a) Sind alle Gläubiger befriedigt und noch offene Forderungen sichergestellt, kann nach Ablauf der *Sperrfrist* von einem Jahr nach der dritten Publikation des Schuldenrufs⁶⁰ das Vermögen der Gesellschaft an die Aktionäre verteilt werden. Mit Bewilligung des Richters⁶¹ können aber die Liquidationsanteile

50 Bärli/Nordmann OR 742 ff N 40; Funk OR 743 N 4; Schucany OR 743 N 4, die Möglichkeit von Abschlagszahlungen bejahend auch ohne Überschuldungsgefahr bei OR 744 N 2.

51 OR 744 I. Dazu Bärli/Nordmann OR 742 ff N 28; Edelmann, SAG 16, 110; Heberlein 50; Schucany OR 744 N 1; Gutzwiller OR 913 N 36.

52 Bärli/Nordmann OR 742 ff N 28, Budliger 68, Funk OR 744 N 2, Heberlein 50, F. v. Steiger, Recht der AG 344 und W. v. Steiger OR 823 N 29.

53 BGE 69 I 136.

54 OR 744 N 1.

55 Ihm folgend Gutzwiller OR 913 N 36; ähnlich wohl auch Locher 71.

56 Der Gläubiger muss sich nicht fällige Forderungen nicht vorzeitig, unter Zinsverlust, zurückzahlen lassen: Locher 72.

57 Dazu gehören auch durch die Liquidation verursachte administrative Kosten (vgl. die Beispiele bei Budliger 67) und Steuerforderungen (dazu nachstehend § 9).

58 OR 744 II. Vgl. etwa Budliger 67 f; Bärli/Nordmann OR 742 ff N 29 ff; Funk OR 744 N 4; Heberlein 50; Schucany OR 744 N 2.

59 OR 744 II.

60 OR 745 I, II.

61 Kritisch zur Kompetenz des Richters Schucany, SAG 18, 73 Anm. 12. Zur Entstehung dieser Bestimmung, die auf häufige Missachtung der Sperrfrist unter dem aOR zurückzuführen ist vgl. Elmer, SJZ 26, 177 ff. Vgl. ferner nachstehend § 6 nach Anm. 20.

schon vor Ablauf des Sperrjahres ausbezahlt werden, wenn alle Verbindlichkeiten gesichert sind und die Befriedigung der Gläubiger gewährleistet ist⁶². Diese vorbezogenen Liquidationsanteile müssen dann wieder eingefordert werden, wenn vor Ablauf des Sperrjahres neue Gläubigerforderungen angemeldet werden⁶³. Die Bewilligung des Richters bewirkt also nur die Entlastung der Liquidatoren bei einer allfälligen Verantwortlichkeitsklage⁶⁴.

Jeder Gläubiger hat das Recht, bei Gefährdung seiner Ansprüche die Verteilung des Vermögens durch den Richter verbieten zu lassen⁶⁵, und zwar unabhängig davon, ob das Sperrjahr schon abgelaufen ist oder nicht⁶⁶. Dieses Gläubigerrecht ist deshalb von grösster Bedeutung, weil nach Verteilung des Vermögens und Löschung der Gesellschaft im Handelsregister die Geltendmachung von Forderungen deren Wiedereintrag bedingt⁶⁷ und sie meist nur dann wieder Aktiven besitzt, wenn sie erfolgreich die unberechtigterweise von den Aktionären bezogenen Liquidationsanteile zurückfordern oder Ansprüche aus Verantwortlichkeitsklagen gegen die Organe geltend machen⁶⁸ kann.

b) Die *Auszahlung der Liquidationsquoten* erfolgt nach Genehmigung der Schlussabrechnung⁶⁹ durch die Generalversammlung, ein zusätzlicher Verteilungsbeschluss ist dabei nicht nötig⁷⁰. Die *Berechnungsbasis* für die Verteilung des Überschusses an die einzelnen Aktionäre ist Gegenstand einer der lebhaftesten Kontroversen im Bereich der Liquidation der Aktiengesellschaft. Nach OR 745 I wird "das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft ... nach Tilgung ihrer Schulden, soweit die Statuten es nicht anders bestimmen, unter die Aktionäre nach Massgabe der einbezahlten Beträge und im Verhältnis der mit ihren Aktien verbundenen Rechte verteilt". Ein Teil der Lehre interpretiert diesen Artikel dahin, die Liquidationsquote sei im Verhältnis zum einbezahlten Betrag zu berechnen, einesteils weil der Wortlaut des Gesetzes dies klar vorschreibe,

62 OR 745 III. Vgl. dazu den Entscheid des Solothurner Obergerichts in SOG 1950, 77 Nr. 6; ferner Budliger 68 f; Bürgi/Nordmann OR 745 N 12; Edelmann, SAG 16, 93; Funk OR 745 N 4; Krebs, SAG 3, 139 ff; Locher 71; Schucany OR 745 N 3; F. v. Steiger, SAG 22, 43.

63 Schucany, SAG 18, 72; vgl. ferner Edelmann, SAG 16, 110.

64 Bürgi/Nordmann OR 745 N 12; Schucany, SAG 18, 73; ders. OR 745 N 3.

65 Bürgi/Nordmann OR 745 N 13; Funk OR 745 N 4; Schucany OR 745 N 2; F. v. Steiger, Recht der AG 345; W. v. Steiger OR 823 N 32. J. Pinösch 75 f schlägt überdies vor, der Gläubiger könne, ohne die Verteilung des Vermögens ganz verbieten zu lassen, eine Sicherheitsleistung für seine Forderung verlangen.

66 Zu eng Schucany OR 745 N 2.

67 Vgl. dazu hinten § 5.

68 Dazu hinten § 8 nach Anm. 56.

69 Diese ist den zuständigen Steuerbehörden einzureichen (vgl. § 9 bei Anm. 16). Zur Berechnung des Liquidationsüberschusses vgl. Folliet, SemJud 72, 385 ff; Yersin 232 ff.

70 Budliger 23, 61, 94; Bürgi/Nordmann OR 745 N 2; Schucany OR 745 N 1. A.M. scheinbar Edelmann, SAG 16, 92 f und Schluemp 75.

andererseits weil die Gesellschaft mit dem nicht liberierten Kapital nicht habe arbeiten können⁷¹. Andere Autoren kritisieren diese Auslegung mit der Argumentation, der Satzteil "und im Verhältnis der mit ihren Aktien verbundenen Rechte" verweise auf die durch den Nennwert bestimmten Rechte, weshalb auch die Liquidationsquote proportional zum Nennwert zu berechnen sei. Ausserdem hafte der Aktionär mit dem ganzen Nennwertsbetrag für allfällige Schulden, trage also das gleiche Risiko wie diejenigen Gesellschafter, die ganz liberiert haben und sei deshalb bei der Liquidation auch gleich zu behandeln⁷². Das Bundesgericht hatte noch nie Gelegenheit, zu dieser Frage Stellung zu nehmen. Für die erste Interpretation spricht eindeutig der Wortlaut von OR 745 I, da der Gesetzgeber mit dem Hinweis auf die mit den Aktien verbundenen Rechte sehr wohl nur Prioritätsansprüche wie Gründervorteile, Vorzugsaktien etc. berücksichtigt haben wollte⁷³. Die zweite Argumentation wird bekräftigt durch die Tatsache, dass es u. U. willkürlich ist, die Bemessung der Liquidationsquote nur auf den Zeitpunkt der Auflösung abzustellen. Zur endgültigen Klärung dieser Frage wird man einen höchststrichterlichen Entscheid abwarten müssen.

Die Liquidationsanteile werden üblicherweise in Bargeld ausbezahlt⁷⁴. Sie können aber auch aus Realwerten bestehen⁷⁵. Ist noch nicht die ganze Liquidationsquote verfügbar, dürfen Abschlagszahlungen vorgenommen werden⁷⁶. Nicht bezogene Liquidationsanteile sind zu hinterlegen⁷⁷ und nach der Verjährungsfrist von zehn Jahren unter die bekannten Aktionäre zu verteilen⁷⁸. Mit der Verteilung des Vermögens ist die Liquidation abgeschlossen⁷⁹.

71 Ausführlich Budliger 25 ff; Gustave Lachenal: La répartition de l'actif des sociétés anonymes dissoutes en l'absence de dispositions statutaires (art. 745 CO), in: SAG 20 (1947/48) 8 ff, insb. 16 f und 117 ff; F. Maurer 15 f, 41, 64; ferner Edelmann, SAG 16, 93; Funk OR 745 N 3; Heberlein 51 f; Schluep 79 ff; Schucany OR 745 N 1 Abs. 2; Wettstein 29.

72 Ausführlich Bürgi/Nordmann OR 745 N 8 ff; Folliet, SAG 19, 182 ff; ders., SemJud 72, 397; F. v. Steiger, Recht der AG 345 f; ferner Boemle 467.

73 Die Materialien erhellen diesen Punkt nicht.

74 Budliger 58; Bürgi/Nordmann OR 745 N 14; Funk OR 745 N 1 Abs. 3; Schucany OR 745 N 1 Abs. 1.

75 Ausführlich Budliger 58 ff; ferner Bürgi/Nordmann OR 745 N 14; Edelmann, SAG 16, 92; Funk OR 745 N 1 Abs. 3; Schucany OR 745 N 1 Abs. 1.

76 Budliger 70; Boemle 467; Bürgi/Nordmann OR 745 N 14; F. v. Steiger, Recht der AG 346; ders., SAG 22, 43.

77 Budliger 70; Funk OR 745 N 1 Abs. 3; F. v. Steiger, Recht der AG 346.

78 Funk OR 745 N 1 Abs. 5 und 746 N 2 Abs. 5; SAG 16 (1943/44) 60 f.

79 Bürgi/Nordmann OR 746 N 1; Funk OR 746 N 1; Schucany OR 746 N 1; F. v. Steiger, Recht der AG 346. Aus steuerrechtlicher Sicht ist die Liquidation bereits dann beendet, "wenn alle wesentlichen Liquidationshandlungen durchgeführt sind" (Känzig, Ergänzungsband WStB 12) d.h. auch dann, wenn die Gesellschaft zwar noch einige liquide Aktivposten aufweist, ihr jedoch im Grunde die Substanz entzogen worden ist (Pfund VStG 4 N 3.48, Rivier 239).

§ 4 Administrative Pflichten nach der Liquidation

1. Löschung der Gesellschaft

Nach Verteilung des Gesellschaftsvermögens haben die Liquidatoren¹ die Löschung beim Handelsregister zu beantragen². Auf ihre einfache Erklärung hin, die Liquidation sei ordnungsgemäss durchgeführt, muss der Registerführer die Gesellschaft löschen³, ohne zu prüfen, ob den zwingenden gesetzlichen Vorschriften über den Schuldenruf, das Sperrjahr und die Hinterlegung effektiv gefolgt worden ist⁴. Einzig die Zustimmung der eidgenössischen und kantonalen Steuerbehörden zur Löschung muss dem Handelsregister eingereicht werden⁵.

Unterlassen die Liquidatoren die Anmeldung der Löschung, so muss die Gesellschaft von Amtes wegen gelöscht werden, wenn der Registerführer von der beendigten Liquidation Kenntnis hat⁶. Dies gilt auch für liquidierte, aber rechtlich⁷ oder faktisch⁸ nie aufgelöste Gesellschaften⁹.

Mit der Löschung verliert die Gesellschaft das Recht, zu klagen und zu betreiben, kann selbst auch nicht mehr beklagt und betrieben werden¹⁰, da sie gegen aussen nicht mehr auftreten kann¹¹. Nach herrschender Lehre verliert sie aber die Rechtspersönlichkeit nicht durch die Streichung im Register, sondern zum Zeitpunkt des definitiven Abschlusses der Liquidationshandlungen, wobei

1 Zu ihrer ausschliesslichen Kompetenz Bürgi/Nordmann OR 746 N 2; Funk OR 746 N 2. Vgl. zur gleichzeitigen Anmeldung von Auflösung und Löschung nachstehend § 6 Anm. 25.

2 OR 746.

3 Zum formellen Verfahren vgl. His OR 938 N 1 ff.

4 Beck 95; Bürgi/Nordmann OR 746 N 3; F. v. Steiger, Prüfung 94; Frey 127 f; Krebs, SAG 3, 39 ff; Kunz 33; Schucany OR 746 N 1; BJM 1957, 137 Nr. 30. So auch das Eidg. Amt für das Handelsregister, vgl. ZBGR 23 (1942) 108; vgl. aber auch Couchepin Nr. 118. Anders die Praxis in den Kantonen der französischen Schweiz, dazu nachstehend § 6 bei Anm. 31.

5 Béguelin 536; Beck 95 ff; Diethelm 41. Vgl. auch nachstehend § 6 bei Anm. 37.

6 HRV 60, 58. Bürgi/Nordmann OR 746 N 2, 4 f; Kunz 12 ff; Funk OR 746 N 2; His OR 938 N 21 ff. Zur Praxis vgl. etwa BGE 80 I 60; Stampa Nr. 54; SAG 42 (1970) 109; ZBl 38 (1937) 136.

7 Vgl. vorn § 1 nach Anm. 88.

8 Vgl. vorn § 1 bei Anm. 99 ff.

9 Vgl. nachstehend § 6 bei Anm. 41 ff; Bürgi/Nordmann OR 746 N 5 und dort zit. Entscheide. Für zahlungsunfähige Gesellschaften vgl. nachstehend § 6 Anm. 39.

10 Bürgi/Nordmann OR 746 N 6 und dortige Angaben.

11 Bürgi/Nordmann OR 746 N 8.

dieser Zeitpunkt sowohl vor, als auch nach der Löschung eintreten kann¹². Dogmatisch unbefriedigender war die frühere Lösung des Bundesgerichts, wonach die Rechtspersönlichkeit mit der Löschung untergehe, durch den Wiedereintrag aber ex nunc wieder auflebe¹³, wenn ein solcher gefordert werde. In BGE 95 I 69 stellt es nun aber für den Spezialfall einer nach Sitzverlegung ins Ausland zu Unrecht gelöschten Gesellschaft ausdrücklich fest, die Wiedereintragung erfolge mit Wirkung auf den Zeitpunkt der ungerechtfertigten Löschung. Es ist nicht ersichtlich, weshalb diese Rechtsprechung nicht auch bei Wiedereintragung von nicht fertig liquidierten Gesellschaften Geltung haben soll, da aus der Sicht des schweizerischen Rechts die Löschung in beiden Fällen die gleiche Bedeutung hat.

2. Aufbewahrung der Geschäftsbücher

Nach OR 747 sind die Geschäftsbücher der aufgelösten Gesellschaft während zehn Jahren aufzubewahren¹⁴. Dieser Artikel ist missverständlich redigiert, indem von der "aufgelösten" statt von der "gelöschten" Gesellschaft die Rede ist. Allgemein wird nämlich davon ausgegangen, dass die zehnjährige Frist nicht mit der Auflösung, sondern erst mit der Löschung der Gesellschaft im Handelsregister zu laufen beginnt¹⁵. Nach Ablauf von zehn Jahren sind die Akten dem Hinterleger zurückzugeben oder zu vernichten¹⁶.

12 So mit überzeugender Begründung Bürgi/Nordmann OR 746 N 7 ff. Ähnlich, nach eingehender Auseinandersetzung mit gegenteiligen Lehrmeinungen v. Planta 54 ff, insb. 64 ff. Ausführlich zum Untergang der Rechtspersönlichkeit auch Diethelm 40 ff; Kunz 53 ff; Schaub, SAG 32, 185 ff; Schucany OR 746 N 2; BJM 1963, 52 Nr. 11; SJZ 57 (1961) 82.

13 BGE 64 II 151 und dort angeführte Entscheide; ferner BGE 73 III 62; Bürgi/Nordmann OR 746 N 14; Cour de Justice de Genève, arrêt du 17 juin 1958, referiert von M.A. Schaub in SAG 32, 185; SemJud 82 (1960) 13; Diethelm 41; Kunz 54 f.

14 Vgl. die allgemeine Aufbewahrungspflicht von OR 962.

15 So ausdrücklich Bürgi/Nordmann OR 747 N 1 und His OR 962 N 17.

16 Bürgi/Nordmann OR 747 N 8; Funk OR 747 N 3; His OR 962 N 18; F. v. Steiger, Recht der AG 348. Vgl. ferner zur Aufbewahrungspflicht Käfer OR 962 N 89 ff; F. v. Steiger, Recht der AG 347 f; Revisionshandbuch 2.2 S. 16 f; Couchepin Nr. 147; Schucany OR 747 N 3; Beeler 33 ff; Richard Müller: Buchführung und EDV (Diss Zürich 1977 = Computer und Recht Bd 5) passim; SAG 18 (1945/46) 112; SJZ 26 (1929/30) 66.

§ 5 Exkurs: Die Wiedereintragung

Zeigt sich nach der Löschung einer Gesellschaft, dass diese noch nicht vollständig liquidiert ist, kommen also nachträglich noch unverwertete Aktiven oder weitere Passiven zum Vorschein, kann sie wieder eingetragen werden¹. Erst dann kann sie in Anspruch genommen werden und selbst Ansprüche geltend machen². Der Wiedereintrag bewirkt, nach Ansicht des Bundesgerichts, ein "Wiederaufleben" der Rechtspersönlichkeit³, wobei beim Stande der heutigen Rechtsprechung unklar ist, ob diese Wirkung ex nunc oder ex tunc eintritt⁴. Befriedigender wäre es jedenfalls, rückwirkende Geltung anzunehmen, da die Wiedereintragung nur die Anpassung des Registereintrags an die effektiven, durch die Löschung unveränderten Verhältnisse bewirken soll⁵ und demnach nur eine registerrechtliche Berichtigung darstellt⁶.

Die Organe nehmen ihre bei der Löschung gehaltenen Funktionen wieder auf⁷ und die Liquidation wird weitergeführt. Ungerechtfertigterweise bezogene Liquidationsanteile (d.h. vor Ablauf des Sperrjahres verteilte Liquidationsüberschüsse) müssen zu diesem Zeitpunkt, soweit zur Deckung von Gläubigeransprüchen notwendig, zurückerstattet werden⁸.

Verwaltung⁹ und Liquidatoren¹⁰ können die Wiedereintragung verlangen, wenn nach der Löschung weitere Aktiven entdeckt werden, die allenfalls eine Fortführung des Liquidationsverfahrens bedingen¹¹. Dazu gehören auch Forderungen aus Verantwortlichkeitsklagen. Auch Aktionäre können u.U. zur Durchsetzung mitgliedschaftsrechtlicher Ansprüche die Wiedereintragung verlangen¹². Kann ein Gläubiger eine unbefriedigte Forderung¹³ gegen die gelöschte Gesell-

1 Dazu etwa Bürgi/Nordmann OR 746 N 10 ff; Schucany OR 745 N 2; Funk OR 746 N 2; Couchepin Nr. 133 ff; Heberlein 53 mit Hinweisen; Kunz 53 ff; F. v. Steiger, Recht der AG 346; ders., Prüfung 95; Diethelm 41; SAG 36 (1964) 130.

2 BGE 73 II 61; Bürgi/Nordmann OR 746 N 10; Kunz 54 ff.

3 BGE 73 II 62; 64 II 151 mit Hinweisen auf frühere Entscheide.

4 Vgl. § 4 nach Anm. 11.

5 Bürgi/Nordmann OR 746 N 8.

6 Dazu Kunz 53 ff.

7 Bürgi/Nordmann OR 746 N 14; F. v. Steiger, Recht der AG 346; Kunz 53; ZBJV 85 (1949) 459.

8 Bürgi/Nordmann OR 745 N 19 ff; Funk OR 745 N 1 Abs. 4; Schucany OR 745 N 1 Abs. 4; ders., SAG 18, 66; F. v. Steiger, Recht der AG 347; Schlupe 75 f; Budliger 73 ff; J. Pinösch 76 f; Edelman SAG 16, 94 und 109 f. Vgl. ferner nachstehend § 8 bei Anm. 12 ff.

9 BGE 78 I 451.

10 BGE 78 I 451; SAG 25 (1952/53) 162; F. v. Steiger, Prüfung 95.

11 BGE 78 I 451; 64 I 334; 59 II 59 für eine Kollektivgesellschaft. Vgl. ferner Naymark 84 Nr. 71 wo die Wiedereintragung einer seit Jahren untätigen AG verweigert wurde.

12 BGE 64 II 150.

13 Auch nicht pekuniäre Ansprüche kommen in Betracht, vgl. ZBJV 85 (1949) 456.

schaft glaubhaft machen¹⁴, wird dem Wiedereintragungsgesuch stattgegeben, sofern dieses nicht rechtsmissbräuchlich ist¹⁵. Nicht zugelassen wurde der Wiedereintrag etwa dann, wenn dieser offensichtlich nicht zum Ziele führen würde, weil feststeht, dass keine verwertbaren Gesellschaftsaktiven vorhanden sind¹⁶ oder wenn das erstrebte Ziel auch auf anderem Wege erreicht werden kann¹⁷. Von Amtes wegen wird die Wiedereintragung verfügt, wenn die Löschung offensichtlich ungerechtfertigt war, die Gesellschaft also entweder noch aktiv tätig oder die Liquidation zu einem erheblichen Teil noch nicht durchgeführt ist¹⁸. Dabei kommt das Verfahren von HRV 60 zum Zuge.

14 BGE 100 Ib 38 mit Hinweisen. Vgl. ferner die Beispiele bei Couchepin Nr. 133; Stampa Nr. 43–47 für Personengesellschaften.

15 BGE 95 I 66 mit weiteren Hinweisen.

16 BGE 57 I 235; vgl. nun aber BGE 100 Ib 41.

17 BGE 100 Ib 38; 87 I 303; 60 I 29; 59 I 161; SAG 9 (1936/37) 15; SAG 36 (1964) 130.

18 Siegwart OR 589 N 7; F. v. Steiger, Prüfung 95; Kunz 58.

2. Kapitel:

DIE STILLE LIQUIDATION

§ 6 Durchführung der stillen Liquidation

I. Begriff der stillen Liquidation¹

Von stiller Liquidation spricht man da, wo die vom Gesetz in OR 736 ff vorgesehenen zwingenden Gläubigerschutzvorschriften missachtet² oder zu spät befolgt werden. Es sind dies:

- Anmeldung der Auflösung im Handelsregister vor Beginn der auf die Beendigung hinzielenden Liquidationshandlungen (OR 737)³
- dreimaliger Schuldenruf im SHAB (OR 745 II)
- Ablauf eines Jahres nach der dritten Veröffentlichung des Schuldenrufs (Sperrjahr) vor Verteilung des Liquidationsüberschusses an die Aktionäre (OR 745 I, II). Mit Bewilligung des Richters können die Aktiven vor Ablauf des Sperrjahres verteilt werden (OR 745 III)⁴.

Unerheblich für den Begriff der stillen Liquidation ist, ob alle oder nur einzelne dieser Gläubigerschutzvorschriften verletzt werden⁵.

1 Diese Ausführungen beziehen sich nur auf den Begriff der stillen Liquidation wie er in der Schweiz verwendet wird. Vergleiche mit dem Ausland sind aufgrund der unterschiedlichen Ausgestaltung der Gläubigerschutzvorschriften nicht möglich.

2 Widmer, stille Liquidation 12; Liniger § 2 nach Anm. 274; Diethelm 43. Bürgi/Nordmann OR 741 N 12 gebrauchen den Begriff zu undifferenziert für eine AG die "die Liquidation durchführt, ohne dass die Gesellschaft formell aufgelöst worden ist".

3 Vgl. vorn § 1 bei Anm. 151.

4 Dazu nachstehend bei Anm. 20.

5 Es ist deshalb aus juristischer Sicht unmöglich, von "möglichst stiller Liquidation" zu sprechen, wie sie Hürlimann in seiner wirtschaftswissenschaftlichen Studie S. 376 propagiert.

Keine stille Liquidation im Sinne dieser Definition begründet die bloße Unterlassung von Publikationen in anderer allenfalls von den Statuten vorgesehener Form⁶ sowie der schriftlichen Mitteilung der Liquidation an die bekannten Gläubiger (OR 742 II)⁷ vor Beginn der Liquidationshandlungen⁸, soweit die vom Gesetz für die Liquidation vorgeschriebenen zwingenden Veröffentlichungen erfolgt sind. Die fehlbaren Organe werden jedoch schadenersatzpflichtig⁹.

Ebenfalls keine stille Liquidation liegt vor bei blosser Missachtung der Vorschrift, die Firma nur noch mit dem Zusatz "in Liquidation" (OR 739 I) zu verwenden¹⁰. Diese Bestimmung hat rein firmenrechtlichen Charakter, es kommt ihr gesellschaftsrechtlich keine spezifisch die Liquidation betreffende Gläubigerschutzfunktion zu. Nur der Handelsregistereintrag der Firma entfaltet die von OR 933 I statuierte Publizitätswirkung¹¹, nicht aber die Angaben auf Briefköpfen, Stempeln, der Telefonbucheintrag und dergleichen. Ist demnach die durch die Auflösung geänderte Firma im Handelsregister eingetragen, gilt sie als bekannt, auch wenn sie nur unvollständig verwendet wird.

II. Zweck stiller Liquidationen

Hauptbeweggrund für stille Liquidationen sind meist finanzielle Überlegungen: Maximierung des Verkaufserlöses bei Veräusserung der Aktiven einerseits und Kosteneinsparung¹² bei Nichteinhaltung der formellen Liquidationsvorschriften¹³ andererseits. Oft werden im Zusammenhang mit stillen Liquidationen auch steuerliche Überlegungen genannt, jedoch können diese, wenn sie effektiv Einsparungen bewirken, nur auf Steuerhinterziehung beruhen, die hier nicht interessiert¹⁴.

6 Dazu vorn § 3 Anm. 27.

7 Vgl. vorn § 3 nach Anm. 25.

8 Denn dieser ist für die Erstellung der Liquidationseröffnungsbilanz notwendig, vgl. vorn § 3 bei Anm. 24.

9 Die Publikation in statutarischen Organen ist eine aktienrechtliche Pflicht, deren Verletzung eine allfällige Haftung nach OR 754 nach sich zieht. Dazu nachstehend § 8 bei Anm. 56.

10 Zu den allfälligen verwaltungsstrafrechtlichen Folgen einer Verletzung dieser Vorschrift vgl. vorn § 1 bei Anm. 159.

11 Vgl. vorn § 1 bei Anm. 153.

12 Dies kann bei kleinen Verhältnissen relevant sein.

13 Kosten für notarielle Beurkundung des Auflösungsbeschlusses, Beglaubigung der Unterschriften, Löschung und Veröffentlichung des Schuldenrufes im SHAB und in anderer allenfalls von den Statuten vorgesehener Form. Vgl. die Aufstellungen der Liquidationsunkosten bei Liniger § 2 Anm. 285 und 286.

14 Dazu etwa Pfund VStG 4 N 3.48. Zu den steuerlichen Aspekten der Liquidation nachstehend §§ 9 und 10.

Ein weiterer Vorteil der stillen gegenüber der gesetzeskonformen Liquidation ist deren Flexibilität, die die Anpassung an neue Gegebenheiten erlaubt. So kann die auf die Beendigung ausgerichtete Tätigkeit jederzeit abgebrochen und das aktive Gesellschaftsleben wieder aufgenommen werden, was zwar gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung¹⁵ nach gültiger Auflösung nicht erlaubt ist, jedoch bei stiller Liquidation nicht verhindert werden kann. Aus wirtschaftlichen Gründen kann jedoch ein Widerruf der Auflösung indiziert sein¹⁶.

III. Stille Liquidationen in der Praxis

Meist trifft man in der Praxis jene Form stiller Liquidation, bei der während des ganzen Beendigungsverfahrens jeglicher Hinweis auf die Liquidation unterbleibt. Die Auflösung wird gleichzeitig mit der Löschung angemeldet und vorher auf keine Weise publik, denn Liquidationsbilanzen¹⁷ werden nicht erstellt oder sind zumindest nicht zugänglich, die Gläubiger werden ohne Schuldeneruf nach und nach befriedigt und der Gesellschaft ihre Substanz entzogen. Dies hat den Vorteil, dass sich dabei die zu veräussernden Aktiven mit grösserem Erlös verkaufen lassen als bei allgemeinem Wissen um die Liquidation, die ja einen Verkaufszwang nach sich zieht. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass diese Möglichkeit einer völlig "heimlichen" Liquidation offensichtlich nur Gesellschaften ohne eigene Belegschaft¹⁸ oder mit nur wenigen Angestellten offensteht. Bei grösseren Verhältnissen ist eine gewisse Offenlegung aus sozialen Gründen unvermeidbar. So kann z.B. die Kontaktnahme mit der Belegschaft, den Gewerkschaften, dem Branchenverband und den lokalen politischen Behörden angezeigt sein¹⁹. Meist ist es in diesen Fällen sinnvoll, die formellen Liquidationsvorschriften einzuhalten, da das Wissen um die Beendigung sicher an die breitere Öffentlichkeit dringen wird. Vorteile sind demnach von der stillen Liquidation kaum mehr zu erhoffen, so dass es sich hier nicht lohnt, sich der Gefahr einer Verantwortlichkeitsklage auszusetzen.

Sinnvoll könnte auch eine stille Liquidation sein, bei der die Publizitätsvorschriften erst nach weitgehender Veräusserung der Betriebsmittel befolgt wer-

15 Vgl. vorn § 1 nach Anm. 58.

16 Vgl. dazu die Studie Hürlimanns S. 379 Ziff. 8 und nachstehend § 8 Anm. 9.

17 Dazu vorn § 3 nach Anm. 1.

18 Also z.B. Tochtergesellschaften, die nur zur Erreichung eines bestimmten Zwecks und um ihrer spezifischen Rechtsform wegen verwendet, deren Geschäfte aber von der Belegschaft der Muttergesellschaft abgewickelt wurden.

19 So Hürlimann 378.

den. Dabei könnte ebenfalls ein grösserer Verkaufserlös erzielt werden, jedoch würden bei unübersichtlichen Verhältnissen die Gläubiger korrekt – wenn auch zu spät – benachrichtigt. Die Organe würden nur für allfälligen Schaden verantwortlich, der den Gläubigern dadurch erwächst, dass sie zu spät benachrichtigt wurden, was bei genügender Liquidität der Gesellschaft praktisch nicht vorstellbar ist.

Allenfalls wäre auch eine Liquidation unter Beachtung der vorgeschriebenen Publizitätsvorschriften, jedoch ohne Einhaltung des Sperrjahres vor der Verteilung des Liquidationsüberschusses vorteilhaft, da dabei das freiwerdende Vermögen nicht brach liegen muss²⁰. Dazu kann zwar, wenn jegliches Risiko für die Gläubiger ausgeschlossen scheint, eine richterliche Bewilligung eingeholt werden²¹. Von dieser Möglichkeit wird jedoch wenig Gebrauch gemacht²². Einesteils ist es für den Richter oft schwierig zu beurteilen, ob die vorzeitige Verteilung des Liquidationsüberschusses wirklich keine Benachteiligung der Gläubiger nach sich ziehen kann²³, andererseits ist unwahrscheinlich, dass vor allem in Kantonen mit überlasteten Gerichten, selbst bei summarischem Verfahren²⁴ viel weniger als ein Jahr bis zum Entscheid vergehen wird.

IV. Die stille Liquidation aus der Sicht des Handelsregisterführers

1. Die Löschung wird beantragt

Hier kommen die folgenden Varianten in Betracht:

a) Beim Handelsregister wird, mit der Erklärung, die Liquidation sei durchgeführt, die Löschung einer Firma beantragt²⁵, *ohne formell gültige Auflösung*²⁶. Keine der von OR 737 ff verlangten Veröffentlichungen ist erfolgt.

20 Elmer, SJZ 26, 180 f.

21 OR 745 III.

22 Vgl. jedoch den Entscheid des Solothurner Obergerichts in SOG 1950, 77 Nr. 6.

23 Vgl. Schucany, SAG 18, 73 Anm. 12.

24 Vgl. etwa ZPO § 219 Ziff. 20.

25 Zur Anmeldung der Löschung ist nur der Liquidator befugt (vgl. vorn § 4 bei Anm. 1). Da die Eintragung des Liquidators im Handelsregister rein deklaratorischen Charakter hat (dazu vorn § 2 bei Anm. 35), hindert deren Mangel nicht die formelle Zuständigkeit des nicht eingetragenen Liquidators, insb. der Verwaltung im Falle von OR 740 I, bei gleichzeitiger Anmeldung von Auflösung und Löschung.

26 Dies betrifft sowohl Liquidationen auf Initiative der Verwaltung hin als auch nicht öffentlich beurkundete Auflösungsbeschlüsse der GV, vgl. dazu vorn § 1 nach Anm. 34.

b) Ein beglaubigter Auflösungsbeschluss²⁷, allenfalls ein anderer, die *Auflösung begründender Titel* bei Auflösung durch den Richter²⁸ oder durch die Statuten²⁹ wird dem Handelsregister vorgelegt, zusammen mit der gleichzeitigen Erklärung der Liquidatoren, die Gesellschaft sei vollständig liquidiert und demnach zu löschen. Keine der von OR 737 ff vorgeschriebenen Gläubigerschutzvorschriften wurde beachtet.

c) Die *Auflösung ist beim Handelsregister eingetragen* und im SHAB korrekt publiziert. Nach beendigter Liquidation wird die Löschung beantragt. Ein öffentlicher Schuldenruf ist nicht ergangen oder das Sperrjahr wurde zumindest nicht eingehalten.

d) In der *Praxis am häufigsten* trifft man den soeben bei b) beschriebenen Fall der stillen Liquidation, bei der zwar die unmittelbar registerrechtlichen Bedingungen für die Löschung erfüllt, jedoch keine der Gläubigerschutzvorschriften beachtet wurden, jedenfalls nicht zum vom Gesetzgeber vorgesehenen Zeitpunkt.

2. Die Löschung wird von der Gesellschaft nicht beantragt

Eine andere Gruppe betrifft Fälle, bei denen der Registerführer Kenntnis von der beendigten Liquidation einer Gesellschaft auf andere Weise³⁰ als durch Antrag der Liquidatoren erlangt. Die Auflösung wurde dem Handelsregisteramt nie bekanntgegeben, ein öffentlicher Schuldenruf erfolgte nicht.

²⁷ Dazu vorn § 1 nach Anm. 30.

²⁸ Dazu vorn § 1 nach Anm. 73.

²⁹ Dazu vorn § 1 bei Anm. 20 ff.

³⁰ Oft durch die Steuerbehörde oder ein Betreibungsamt. F. v. Steiger: Handelsregister, Zwangsweise Eintragungen und Eintragungen von Amtes wegen, SJK 34 S. 1 zählt weitere Möglichkeiten auf.

V. Rezeption der Löschanträge nach stiller Liquidation

Solche Löschanträge erfahren von den kantonalen Handelsregisterämtern eine unterschiedliche Behandlung.

1. Praxis der Westschweizer Kantone

Die zuständigen Behörden der Westschweizer Kantone (Freiburg, Genf, Neuenburg, Waadt, Wallis)³¹ haben sich am 20. März 1973 geeinigt, stille Liquidationen nicht mehr zu dulden. Die Registerämter dieser Kantone haben dabei ein praktisch einheitliches Kreisschreiben mit folgendem Inhalt an die Notare ihrer Amtsbereiche versandt:

Es werde künftig von der Gesellschaft, die die Löschung beantrage, verlangt, dass deren Auflösung im Handelsregister angemeldet und publiziert sei. Die Löschung vor Ablauf eines Jahres nach dem dritten Schuldenruf würde nur noch mit Bewilligung des Richters zugelassen, was das Beibringen von Belegen über den dreimaligen Schuldenruf erfordert³².

2. Übrige Schweiz

In der übrigen Schweiz werden stille Liquidationen geduldet mit der Begründung, es sei nicht Sache des Registerführers, über die korrekte Durchführung des Liquidationsverfahrens zu wachen, denn nach Gesetz sei das Handelsregister verpflichtet, auf einfache Erklärung der Organe hin, die liquidierte Gesellschaft zu löschen. Diese Register behandeln nun die verschiedenen Fälle stiller Liquidation auch unterschiedlich³³:

31 Zum Zeitpunkt meiner Anfrage im September 1981 hatte sich das Handelsregisteramt des Kantons Jura mit dieser Frage noch nicht auseinandergesetzt.

32 In der Praxis begnügte sich jedoch jedenfalls das Handelsregisteramt des Kantons Genf mit der Angabe des Datums der dritten Publikation im SHAB, ohne dieses zu überprüfen. Im übrigen wurde auch nicht näher untersucht, ob die Publikationen in anderer statutarisch vorgesehener Form erfolgt waren. Mit Kreisschreiben vom 22.5.1982 teilte der Genfer Registerführer neu den Notaren seines Amtsbereichs mit, es würde die vor 1973 geltende Praxis wieder geduldet. Die gleichzeitige Anmeldung von Auflösung und Löschung scheint demnach zumindest in Genf wieder möglich zu sein.

33 Die Darstellung der Modalitäten bei der Behandlung der Löschung basieren auf der Praxis des Handelsregisteramtes des Kantons Zürich. Diese können allenfalls in einigen Details von Kanton zu Kanton variieren. Grundsätzlich aber wird die stille Liquidation in der gesamten Deutschschweiz und im Tessin toleriert.

a) Kommt dem Handelsregister ein *Löschungsantrag ohne ein die Auflösung begründender Titel* zu, wird er in der Regel zurückgewiesen, mit der Auflage, es sei der Mangel zu beheben und die Löschung erneut zu beantragen. Ist nicht damit zu rechnen, dass die Gesellschaft dieser Aufforderung nachkommt, da sie mit der Löschung nichts zu gewinnen, durch die verlangte Beglaubigung aber nur Kosten zu tragen hat, wird den verantwortlichen Organen ein Anmelde-schein zugestellt, der ohne Beglaubigung zu unterzeichnen ist³⁴. Nach Eingang dieser Löschungsanmeldung wird der Aufsichtsbehörde³⁵ beantragt, das Handelsregisteramt trotz Fehlens eines formellen Auflösungsbeschlusses zum Vollzug der in Frage stehenden Eintragung zu ermächtigen³⁶.

b) Wird die Löschung der Gesellschaft beantragt unter *Vorlage eines gültigen, die Auflösung begründenden Titels*, vollzieht der Registerführer die Löschung der Gesellschaft, unter Vorbehalt der (schriftlichen) Zustimmung der Steuerbehörden³⁷. Die dabei im SHAB veröffentlichte Bekanntmachung hat etwa folgenden Inhalt:

“X. AG. Gemäss öffentlicher Urkunde über die ausserordentliche Generalversammlung vom ... wurde die Gesellschaft aufgelöst. Die Liquidation ist durchgeführt, die Firma erloschen.”

Es erfolgt demnach in der Regel³⁸ für die gesamte Beendigung nur eine einzige Veröffentlichung, statt der vom Gesetzgeber vorgesehenen fünf, und diese eine erst bei Löschung der Gesellschaft im Handelsregister, also im Moment des Untergangs der Rechtspersönlichkeit.

34 Gemäss Formular des Zürcher Handelsregisters sind folgende Präzisierungen verlangt: “Betrifft der Handelsregistereintrag eine *juristische Person* (z.B. eine Aktiengesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder Genossenschaft) und stimmt er deswegen nicht mehr, weil diese *aufgelöst* ist, so ist anzugeben, ob die Auflösung durch förmlichen Beschluss oder einfach tatsächlich erfolgt und ob das Vermögen bereits liquidiert ist und, wenn dies nicht der Fall ist, wer die Liquidation besorgt, sowie, wenn mehrere Liquidatoren vorhanden sind, wie diese zeichnen.”

35 Im Kanton Zürich die Justizdirektion.

36 HRV 31; Naymark S. 60 f Nr. 1, 5, 6, 8, S. 58 Nr. 4, S. 136 Nr. 15.

37 StV 7; VStV 11 sowie Kreisschreiben des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements an die kantonalen Aufsichtsbehörden für das Handelsregister betreffend Löschung von juristischen Personen, Filialen Ausländischer Unternehmen und anderer Firmen, vom 23. Oktober 1970 S. 3, in Erhärtung von WStB 122 III.

38 Gemäss Begleitbrief zum Kreisschreiben des EJPD (zit. soeben Anm. 37) sind dann zwei Veröffentlichungen notwendig, wenn die Zustimmung der Steuerverwaltung nicht innert 60 Tagen nach Mitteilung des Löschungsantrags beim Handelsregister eintrifft, indem zuerst etwa publiziert wird: “... nach Angabe der Beteiligten ist die Liquidation durchgeführt, die Löschung kann aber mangels Zustimmung der Steuerverwaltung noch nicht erfolgen.” Im Handelsregister würde dabei die Auflösung eingetragen. Nach Zustimmung der Steuerbehörden hat danach die Löschung von Amtes wegen zu erfolgen, mit gleichzeitiger Publikation im SHAB: “Nachdem die ... Steuerverwaltung der Löschung zugestimmt hat, wird die Gesellschaft ... gelöscht.”

c) Hat der Registerführer Kenntnis von der beendigten Liquidation einer Gesellschaft³⁹, ohne dass ihm ein *Löschungsantrag* zugekommen ist, fordert er zunächst die zuständigen Organe auf, die Auflösung zu belegen und gleichzeitig die Löschung zu beantragen⁴⁰.

aa) Wird dieser Aufforderung Folge geleistet, kommt das soeben bei b) beschriebene Verfahren zum Zug. Allenfalls begnügt sich das Registeramt auch mit einem Löschungsantrag ohne formelle Auflösung, vgl. soeben bei a).

bb) Unterlassen es hingegen die zuständigen Organe, die Löschung zu beantragen⁴¹, nimmt der Registerführer die Löschung von Amtes wegen vor⁴². Werden gegen die Löschung Einwendungen erhoben⁴³, wird die Angelegenheit der Aufsichtsbehörde zum Entscheid vorgelegt. Ergibt sich dabei, dass die Gesellschaft vollständig liquidiert und von den Beteiligten aufgegeben worden ist, so muss sie, nach ständiger Rechtsprechung⁴⁴ im Handelsregister gelöscht werden⁴⁵. Gesetzliche Grundlage für die Löschung ist HRV 60⁴⁶. Unerheblich ist in die-

39 Nach F. v. Steiger, Recht der AG 334 ist auch "die Aufrechterhaltung der Eintragung von Gesellschaften, gegen welche z.B. eine nach Massgabe von Art. 43 SchKG für Steuern und Gebühren geführte Betreibung zu Verlustscheinen führte, nicht gerechtfertigt. In solchen Fällen kommt es, wenn niemand den für die Kosten des Konkurs-erkenntnisses erforderlichen Vorschuss leistet, weil die Situation völlig hoffnungslos ist, nie zu einer Konkursöffnung. Man wendet daher die Bestimmung von Art. 77 ZGB, wonach ein Verein von Gesetzes wegen aufgelöst ist, wenn er zahlungsunfähig ist, per analogiam auf die Aktiengesellschaft an in den Fällen, da die Zahlungsunfähigkeit notorisch, bzw. die Gesellschaft ohne jedes Vermögen ist." Der Registereintrag ist demnach zu löschen.

40 HRV 60; BGE 91 I 438; 65 I 145 f; 55 I 134, 193; ZBl 38 (1937) 136.

41 Z.B. weil sie den Aktienmantel zur allfälligen Weiterverwertung erhalten wollen.

42 Gemäss Änderung der HRV vom 21.4.1982 vollzieht der Registerführer bei Unterlassung der Anmeldung die Löschung nach HRV 60 II selbst und erstattet Anzeige an die Aufsichtsbehörde, die den Fehlbaren büsst.

43 Es ist der Gesellschaft eine den Umständen entsprechende Frist einzuräumen, um ihr Interesse an der Aufrechterhaltung der Eintragung zu beweisen. Für eine nach Konkurswiderruf noch untätige AG wurde eine Frist von sechs Monaten für angemessen erachtet, vgl. BGE 80 I 63.

44 BGE 94 I 565; 80 I 60; 67 I 37 f; 65 I 145; 55 I 195, 350 mit Hinweisen; ZBl 38 (1937) 136.

45 Dazu etwa Bürgi/Nordmann OR 746 N 2 und 5; v. Planta 67 f, 119.

46 A.M. Weiss (N 295), Bürgi/Nordmann (OR 746 N 2), Funk (OR 746 N 2), die Löschung aufgrund von HRV 89 annehmen. Vgl. auch BGE 80 I 61, nachdem in der Praxis irrelevant ist, ob sich die Löschung auf HRV 89 oder HRV 60 stütze. Die beiden Lösungsverfahren sind allerdings nicht völlig identisch, ist doch bei HRV 89 II eine öffentliche Bekanntmachung der bevorstehenden Löschung im Interesse Dritter vorgeschrieben, eine Gläubigerschutzmassnahme, die beim Verfahren nach HRV 60 entfällt (sie wird allerdings von verschiedenen Registerämtern, z.B. Genf, trotzdem vorgenommen). HRV 89 ist jedoch ausdrücklich nur auf Gesellschaften anwendbar, deren Organe und Vertreter in der Schweiz weggefallen sind. Liquidierte Gesellschaften, auf die dies nicht zutrifft, sind deshalb aufgrund von HRV 60 zu löschen: So nun ausdrücklich BGE 94 I 565; vgl. ferner BGE 80 I 60; 65 I 139.

sem Fall, ob die Gesellschaft gültig oder informell aufgelöst wurde⁴⁷ oder ohne bewusste Auflösung ihre Tätigkeit eingestellt hat⁴⁸, sondern massgeblich einzig die Tatsache, dass der Eintrag einer vollständig liquidierten Gesellschaft ohne Geschäftstätigkeit nicht mehr den wirklichen Gegebenheiten entspricht. Die Gesellschaft wird demnach auch ohne formelle Auflösung⁴⁹ gelöscht⁵⁰. Es kann hier nicht von "Zwangsauflösung" gesprochen werden⁵¹, denn zumindest eine faktische Auflösung ist längst erfolgt. Es gibt nur eine "Zwangslöschung". Begründet wird dieses Vorgehen allgemein mit der Verpflichtung des Registerführers, das Register im öffentlichen Interesse möglichst von nicht der Wirklichkeit entsprechenden Eintragungen zu säubern⁵².

cc) Gelingt es dem Registerführer nicht, die zur Anmeldung der Löschung befugten Organe zu ermitteln, fordert er allfällige übrige ihm bekannte Organmitglieder der Gesellschaft auf, ihr Interesse an der Aufrechterhaltung der Eintragung geltend zu machen oder die Löschung zu beantragen. Eine entsprechende Aufforderung ist durch öffentliche Bekanntmachung an Dritte zu richten⁵³. Trifft innert 30 Tagen kein Löschantrag oder Einwand beim Register ein, verfügt die kantonale Aufsichtsbehörde die Löschung von Amtes wegen⁵⁴. Auch hier wird der Eintrag ohne formelle Auflösung gelöscht.

47 Zur informellen Auflösung vgl. vorn § 1 nach Anm. 88.

48 Dazu vorn § 1 bei Anm. 99 ff.

49 Die Konstruktion von Weiss (N 292), die Reduktion der AG in einen blossen Aktienmantel stelle einen Auflösungsgrund im Sinne von OR 736 dar, erweist sich demnach in der Praxis als überflüssig. Dazu vorn § 1 nach Anm. 94.

50 Kritisch zu dieser Lösung Bürgi OR 736 N 21, nachdem es allenfalls aus Gründen des Gläubigerschutzes vorzuziehen wäre, statt der Auflösung (recte: Löschung) erhebliche Bussen zu verhängen. Diese Kritik hält m.E. nicht stand, da bei beendigter Liquidation per definitionem die Gläubiger befriedigt oder sichergestellt sind (vgl. etwa BGE 65 I 140). Ist dies nicht der Fall, kann die betroffene Gesellschaft einen entsprechenden Einwand vorbringen (HRV 60 II), worauf die Löschung nicht vollzogen werden darf.

51 Forstmoser, Aktienrecht § 11 N 94.

52 V. Planta 119; F. v. Steiger, Prüfung 94; ders., Recht der AG 366; Siegwart Einleitung N 31; Mengiardi 274.

53 HRV 89 II. Gemäss Kreisschreiben des Eidg. Amtes für Handelsregister vom 3.4.1980 hat eine Bekanntmachung im SHAB zu erfolgen.

54 HRV 89 III.

§ 7 Kognition des Handelsregisterführers bei der Anmeldung der Löschung

I. Von den Registerämtern und der Lehre vertretene Auffassungen

Ihre restriktive Handhabung der Löschanträge bei stiller Liquidation begründen die Westschweizer Registerführer damit, dass es ihre Aufgabe sei, Verletzungen zwingender Gläubigerschutzvorschriften im Liquidationsstadium zu verhindern — die Deutschschweizer Praxis und das Eidgenössische Amt für das Handelsregister¹ gehen bei ihrer liberaleren Haltung davon aus, dass es nicht Pflicht der Registerbehörden sei, die Beachtung solcher Vorschriften zu prüfen.

Von der herrschenden Lehre wird die Praxis der Deutschschweizer Handelsregister sanktioniert, jedoch meist ohne Grundangabe^{2, 3}. Beck⁴ begründet die Ablehnung der Prüfung der formellen Liquidationsvorschriften durch den Registerführer damit, dass die Anmeldenden nicht verpflichtet seien, “die Befolgung der formellen Liquidationsvorschriften irgendwie zu belegen”. Diese Argumentation ist nicht zwingend. Wohl wird vom Gesetz nirgends ausdrücklich verlangt, dem Löschantrag seien Belege beizufügen. Dies ist jedoch auch nicht notwendig, denn OR 940 wird von Lehre und Praxis dahin interpretiert, dass zur Prüfung der gesetzlichen Voraussetzungen jeder Eintragung “die nach Gesetz oder nach der *Natur der Sache* erforderlichen Unterlagen”⁵ beigelegt werden. F. von Steiger⁶ erklärt überdies ausdrücklich, dass nebst den vom Gesetz vorgeschriebenen, u.U. noch weitere Unterlagen vorzulegen sind. Auch His⁷ verlangt eine eingehende Prüfung der zwingenden zivilrechtlichen Vorschriften, insbesondere derjenigen des Handelsrechts. Die von ihm dabei angeführten Beispiele⁸ verdeutlichen, dass allenfalls weitere, vom Gesetz nicht ausdrücklich erwähnte Unterlagen angefordert werden müssen. Die Prüfung der Einhaltung formeller Liquidationsvorschriften kann deshalb nicht daran scheitern, dass das Gesetz die Vorlage dieser Belege nicht vorschreibt. Der Register-

1 Vgl. ZBGR 23 (1942) 108.

2 Vgl. Bürgi/Nordmann OR 746 N 3; Schucany OR 746 N 1; Frey 127; Krebs, SAG 3, 39 ff; BJM 1957, 137 Nr. 30.

3 Abweichend jedoch neuestens Liniger § 4 nach Anm. 314, der von den Registerführern fordert, die Einhaltung der formellen Liquidationsvorschriften sei vor der Löschung zu erzwingen.

4 S. 95 Anm. 96.

5 F. v. Steiger, Recht der AG 124 (Hervorhebung durch mich), referiert BGE 69 I 54; Praxis 32 (1943) Nr. 93.

6 Recht der AG 124/25; neuestens auch Forstmoser, Aktienrecht § 11 N 37.

7 OR 940 N 27.

8 Vgl. OR 940 N 28.

fürer hat das Recht, Unterlagen anzufordern, die ihm die Prüfung der gesetzlichen Voraussetzungen jeder Eintragung – also auch der Löschung – ermöglichen. In diesem Falle sind die Anmeldenden, entgegen der Ansicht Becks, verpflichtet, alle erforderlichen Belege beizubringen.

II. Die Kognitionsbefugnis des Registerführers – allgemeine Grundsätze

1. Gesetzliche Grundlagen

Nach OR 940 I hat der Registerführer zu prüfen, „ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Eintragung erfüllt sind“⁹. Diese Vorschrift ist zu unbestimmt, um direkt angewandt zu werden. Sie bedarf der Auslegung.

2. Auslegung durch Lehre und Praxis

In einer recht umfangreichen und in ihrem Grundtenor einheitlichen Rechtsprechung hat das Bundesgericht OR 940 präzisiert und die Kognition des Registerführers differenzierend abgegrenzt.

a) Registerrechtliche Voraussetzungen: Nach ständiger Rechtsprechung¹⁰ hat der Registerführer volle Kognition zur Überprüfung der registerrechtlichen, formellen Voraussetzungen der Eintragung¹¹. Es sind dies etwa örtliche und sachliche Zuständigkeit des Registerführers und der Urkundsperson, formelle Zuständigkeit der Anmeldenden¹², Vorliegen formeller Beglaubigungen in vom Gesetz vorgesehenen Fällen, Zulässigkeit der Amtssprache, Einhaltung gesetzlicher

9 In HRV 21 I wird diese Bestimmung ausgedehnt auf die Beachtung der Vorschriften der Verordnung (dazu His OR 940 N 15). Diese Ausdehnung ist zulässig, sofern die Verordnung den in der gesetzlichen Delegationsnorm (OR 936) gesteckten Rahmen nicht sprengt (dazu etwa Grisel 84 ff; Fleiner-Gerster 12/63; Imboden/Rhinow I 368 ff).

10 BGE 91 I 362; 78 I 450; 75 I 325; 67 I 113, 345 f mit Hinweisen.

11 Dazu etwa Guhl/Merz/Kummer 775 f; His OR 940 N 23 ff; F. v. Steiger, Recht der AG 126; R. Maurer 61 f.

12 Zur formellen Zuständigkeit bei gleichzeitiger Anmeldung von Auflösung und Löschung vgl. vorn § 6 Anm. 25.

Formvorschriften bei der Anmeldung¹³, sachliche Eintragungsfähigkeit des Subjekts und Vollständigkeit der Anmeldung¹⁴.

b) *Materielles öffentliches und Zivilrecht*: Wenn in der Rechtsprechung die Regel galt, der Handelsregisterführer dürfe eine Eintragung nur verweigern, wenn sie durch ihren Inhalt oder ihr Zustandekommen offensichtlich¹⁵ zwingende gesetzliche¹⁶, im öffentlichen Interesse erlassene Vorschriften verletze, nicht aber wenn nur private Interessen tangiert würden (z.B. durch Gesetzesverletzung bei GV-Beschlüssen, die deren Anfechtbarkeit begründen)¹⁷, präzierte BGE 91 I 362¹⁸, es seien solche im öffentlichen Interesse und im *Interesse Dritter* erlassene Bestimmungen zu prüfen. Die Lehre schliesst sich dieser Auffassung an¹⁹. Die Tragweite des Begriffs "allgemeines öffentliches Interesse" hat bisher in der Praxis fluktuiert²⁰. Das Bundesgericht hat nun aber in BGE 91 I 360 doch eine Linie skizziert, die es erlaubt, in gewissen Bereichen öffentliches und privates Interesse klar zu trennen. Einerseits sind öffentliche Interessen dort tangiert, wo das Gesetz zwingend die Grundstruktur gewisser Rechtsinstitute festlegt, wo also die Verletzung einer Norm die absolute Unwirksamkeit einer dabei herbeigeführten rechtlichen Sachlage bewirkt, diese demnach nichtig ist – bei blosser Anfechtbarkeit sind offensichtlich nur private Interessen geschützt. Andererseits liegt aber die Beachtung der zum Schutze privater Interessen einer unbestimmten Anzahl von Dritten erlassenen Vorschriften ebenfalls im öffentlichen Interesse²¹. Bei seinen eingehenden Untersuchungen über den Begriff "allgemeines öffentliches Interesse" erklärt auch Schneider, dieses würde gewahrt "von jenen Rechtsnormen ..., welche nicht ausschliesslich den

13 Z.B. Firmenzeichnung, Unterschrift.

14 Diese Beispiele sind zusammengestellt bei His OR 940 N 24 f. Vgl. ferner Forstmoser, Aktienrecht § 11 N 58 ff und Guhl/Merz/Kummer 775 f mit Hinweisen auf neuere Entscheide.

15 Bär kritisiert diese Beschränkung der registerlichen Prüfungsbefugnis und postuliert, die Handelsregisterbehörden sollten, wie alle Behörden, zur Entdeckung der Nichtigkeit "jeden Aufwand an rechtlichen Überlegungen treiben" müssen und nicht nur dann einschreiten dürfen, wenn der Verstoß "offensichtlich und unzweideutig" sei (vgl. S. 430). Die Rechtssicherheit fordere, dass nach Möglichkeit alle nichtigen Eintragungen verhindert würden, wozu nur die Handelsregisterbehörden ex ante, nicht jedoch der Richter ex post in der Lage seien (vgl. S. 436). Das Bundesgericht hat jedoch diese Kritik nicht aufgenommen, vgl. BGE 107 II 246.

16 BGE 86 I 107 mit Hinweisen; 85 I 64; 78 I 450; 75 I 325; 67 I 114, 345; 62 I 262; 56 I 137; neuerdings auch wieder 91 I 440; 101 Ib 214; 103 Ib 14. Aus der Literatur vgl. etwa His OR 940 N 53; Guhl/Merz/Kummer 776; R. Maurer 63.

17 Vgl. BGE vom 22. Nov. 1939, referiert in SJZ 36 (1939/40) 275; BGE 67 I 116; SJZ 47 (1951) 208; BGE 91 I 362 und die Kritik Bärs 429 ff und W. v. Steigers, ZBJV 103, 116 ff. Ferner Couchepin, SAG 21, 201 f; Beck 31, 123; Schneider 276.

18 Bestätigt in einem unveröffentlichten Entscheid vom 27.8.1975 zit. bei Bär 429 und neustens in BGE 107 II 246.

19 Forstmoser, Aktienrecht § 11 N 72 mit Hinweisen; Bär 429; Schneider 257 ff.

20 Vgl. die Beispiele bei Forstmoser, Aktienrecht § 11 N 74 f.

21 Implizit auch BGE 67 I 114 f.

Schutz der unmittelbar am eingetragenen Rechtsverhältnis beteiligten Privaten erstreben“²². Er kommt zusammenfassend zum Schluss, zwingende, im allgemeinen öffentlichen Interesse erlassene Normen seien jene, “welche die grundlegende Struktur eines Rechtsverhältnisses erhalten wollen und welche nicht allein zum Schutze der gegenwärtig an diesem Rechtsverhältnis unmittelbar Beteiligten statuiert sind, sondern darüber hinaus die Interessen künftiger Beteiligter oder anderer Drittpersonen zu erfassen vermögen”²³.

c) *Materielle Voraussetzungen*: Unbestritten ist, dass der Registerführer die materiellen Voraussetzungen einer Eintragung, d.h. den Wahrheitsgehalt der angemeldeten Tatsachen²⁴, nicht eingehend prüfen muss und kann²⁵. Er darf die Anmeldung nur zurückweisen, wenn die Gesetzwidrigkeit offensichtlich oder notorisch und unzweideutig ist²⁶.

3. Notwendige Präzisierung der von Lehre und Praxis aufgestellten Grundsätze

a) *Ungenügen der bestehenden Auslegung*: In seiner soeben bei 2.b) besprochenen Praxis zur Prüfung öffentlich- und zivilrechtlicher Normen durch den Registerführer, hat das Bundesgericht klar festgelegt, welche *formellen* Kriterien die der Prüfung unterstellten Normen erfüllen müssen. Nie jedoch hat es präzise dargelegt, was *materiell* effektiv eine Voraussetzung der Eintragung darstellt. Nach His²⁷ müssen “unter den ‘*Voraussetzungen für die Eintragung*’ ... wohl nur die *unmittelbaren* rechtlichen Voraussetzungen für die Rechtmässigkeit der Anmeldung bzw. der auf ihr beruhenden Eintragungen verstanden werden, nicht dagegen mittelbar die Voraussetzungen zu diesen Voraussetzungen und so weiter eine ganze Kette von Vorbedingungen ... Es sind somit nur diejenigen rechtlichen Voraussetzungen zu überprüfen, welche *unmittelbar* für die Eintragbarkeit der rechtserheblichen Tatsachen nach Gesetz und Verordnung bestimmend sind, somit nicht alle denkbaren Rechtsfragen, welche die einzutragenden Tatsachen berühren; denn diese sind nicht durchwegs als ‘Voraussetzungen der

22 S. 279.

23 S. 280. So auch Bär 432 f.; W. v. Steiger, ZBJV 103, 118.

24 HRV 21 I.

25 BGE 95 I 66. Dazu ausführlich His OR 940 N 30 ff; Couchepin, SAG 21, 201; ferner etwa Guhl/Merz/Kummer 776; Schneider passim; Beck 38 ff; Forstmoser, Aktienrecht § 11 N 77 ff. Vgl. auch die Beispiele bei Naymark zu HRV 21. Spezifisch zur Auflösung ders., 133 Nr. 2.

26 Ausführlich dazu Bär 424 ff; R. Maurer 84 ff; ferner Forstmoser, Aktienrecht § 11 N 69 und dort zit. Lit.

27 OR 940 N 21.

Eintragung' anzusehen". Damit hat er zwar festgestellt, dass gewisse Voraussetzungen der Prüfung entzogen sind, nicht aber, welche ihr unterliegen. Die Frage nach den materiellen gesetzlichen Voraussetzungen, die der Registerführer bei der Eintragung berücksichtigen muss, kann nur durch erneute Auslegung von OR 940 beantwortet werden.

b) Vollständige Auslegung von OR 940:

aa) Es ist in diesem Zusammenhang in Erinnerung zu rufen, dass Handelsregisterämter Organe der öffentlichen Verwaltung²⁸ und als solche dem Legalitätsprinzip unterstellt sind, dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung. Gemäss diesem Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung darf die Behörde nicht ohne ausdrückliche Rechtsgrundlage und nur in deren Rahmen handeln²⁹. Ist eine Rechtsgrundlage ihrem Inhalte nach unbestimmt, so ist den Behörden in ihrer Anwendung kein Spielraum gewährt. Die fragliche Gesetzesbestimmung bedarf der Auslegung und muss ausschliesslich in dem einen Sinne der Auslegung angewandt werden³⁰, denn die Verwaltung geniesst ohne ausdrückliche oder implizite³¹ Ermächtigung durch das Gesetz keinen Ermessensspielraum³².

bb) Die grammatische Auslegung von OR 940 I hilft bei der Bestimmung dessen Inhalts nicht weiter. Die Marginalie "Pflichten des Registerführers – Prüfungspflicht" sowie der in allen drei Amtssprachen gleich gehaltene Gesetzestext "Der Registerführer hat zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Eintragung erfüllt sind", "Le préposé au registre du commerce doit vérifier si les conditions légales requises pour l'inscription sont remplies", "L'ufficiale del registro deve verificare se ricorrono le condizioni legali dell'iscrizione", ermöglichen keine genauere Bestimmung der zu prüfenden Voraussetzungen.

cc) Die Pflichten des Handelsregisterführers werden unter der Marginalie B. "Eintragungen" bei VII. festgelegt. Der ebenfalls unter VII. stehende Art. 941 behandelt die Folgen der Nichtbeachtung der Anmeldungspflicht und gibt für den Umfang der Prüfungspflicht bei der Eintragung keine näheren Anhaltspunkte. OR 940 II ("Bei Eintragung juristischer Personen ist insbesondere³³ zu prüfen, ob die Statuten keinen zwingenden Vorschriften widersprechen und

28 Das Handelsregisterrecht ist nur aus Gründen der Praktikabilität im OR geregelt.

29 Statt vieler Fleiner-Gerster 12/2; Grisel 165 f.

30 BGE 95 I 40; 91 I 75.

31 Vgl. Imboden/Rhinow I Nr. 66 S. 407; Grisel 168.

32 Imboden/Rhinow I Nr. 66 S. 398 ff einschränkend im Hinblick auf lokale Begebenheiten; vgl. zur Abgrenzung von Auslegung und Ermessen insb. ders. S. 404 ff; Grisel 168 f.

33 Vgl. zur definitiven Fassung dieses Artikels Verhandlungen der Ständeratskommission vom 17. – 19. Februar 1930, S. 7 f.

den vom Gesetz verlangten Inhalt aufweisen“) birgt in Form eines Beispiels zwar eine Erläuterung des ersten Absatzes, erlaubt aber keine Definition dessen, was als Voraussetzung für die Eintragung gelten muss. Die Systematik des Gesetzes trägt demnach nichts zur Klärung unserer Frage bei.

dd) Zweck des Handelsregisters ist “die Kundgabe privatrechtlicher Zustände an Private”³⁴; es hat also einen “Klarstellungszweck”³⁵. Die bekanntgegebenen Tatsachen müssen demnach, um diesem Zweck zu genügen, wahr sein, sie dürfen zu keinen Täuschungen Anlass geben und keinen öffentlichen Interessen widersprechen³⁶. Aufgabe des Registerführers ist es nun, darüber zu wachen, dass dieser Zweck erreicht wird, dass keine unwahren oder nicht eintragbaren Tatsachen im Register bekanntgegeben werden³⁷. Als Instrument dafür hat ihm der Gesetzgeber in OR 940 die Kompetenz eingeräumt, die gesetzlichen Voraussetzungen der Eintragung zu prüfen und nur zur Erreichung dieser Aufgabe darf der Registerführer von seiner Prüfungsbefugnis Gebrauch machen³⁸. Ziel der registerrechtlichen Prüfung ist einzig das Verhindern von “Unrichtigkeiten”³⁹ im Zusammenhang mit den im Register bekanntgegebenen Tatsachen. Für die Eintragung unmittelbar rechtserheblich können deshalb nur diejenigen öffentlich- oder zivilrechtlichen Vorschriften sein, die das Prinzip der Registerwahrheit tangieren, die also Gültigkeitsvoraussetzungen für die einzutragende Tatsache darstellen. Ist aber eine einzutragende Tatsache als solche wahr und ihrem Inhalte nach gesetzeskonform, muss für den Registerführer die Art ihres Zustandekommens unerheblich sein, solange dieses nicht deren Nichtigkeit bewirkt und demnach die Eintragung ausschliesst⁴⁰. Die teleologische Auslegung erlaubt also eine klare Abgrenzung zwischen gesetzlichen Vorschriften, deren Einhaltung für die Eintragung vorausgesetzt werden muss und sol-

34 Bär 419; His OR 927 N 11 ff.

35 Peter Gauch: Der Zweigbetrieb im schweizerischen Zivilrecht (Zürich 1974) N 493; ders.: Von der Eintragung im Handelsregister, ihren Wirkungen und der negativen Publizitätswirkung, in: SAG 48 (1976) 151.

36 HRV 38 I.

37 So etwa Bär 419; ferner R. Maurer 60 ff.

38 Bär 422 f; Beck 31; BGE 60 I 57: “Der Rahmen, innerhalb dessen sich die Kognition der Registerbehörde bei der Erfüllung (ihrer) Aufgabe zu halten hat, ist durch Art. 1 der rev. VO II von 1918 bestimmt, der den Grundsatz aufstellt, dass Eintragungen im Handelsregister wahr sein müssen, zu keinen Täuschungen Anlass geben und keinem öffentlichen Interesse zuwiderlaufen dürfen. Im Bereiche dieser drei Punkte hat die Registerbehörde die Rechtsakte, um deren Eintragung sie angegangen wird, sowohl nach der formellen wie nach der materiellen Seite zu überprüfen; darüber hinaus aber ist sie nicht befugt, über die von den Vertragsparteien begründeten Rechtsverhältnisse irgendwelche Entscheidungen zu treffen.”

39 Bär 421; BGE 86 I 107.

40 So ein nicht publizierter Entscheid des Bundesgerichts vom 22.11.1939, zit. bei Couchepin, SAG 21, 202.

chen, die dafür irrelevant sind. Voraussetzung für die Eintragung kann nur sein die Gültigkeit resp. die Wahrheit und die Eintragbarkeit der angemeldeten Tatsache.

ee) Eine realistische Betrachtung von OR 940 vermittelt das selbe Resultat wie die teleologische Auslegung. Wenn die Rückweisung der Anmeldung wegen Verletzung zwingender gesetzlicher Vorschriften keine Änderung der einzutragenden Tatsache herbeiführen kann, diese also als solche bestehen bleibt, stehen wir vor der paradoxen Situation, dass das Handelsregister selbst für das Vorliegen einer nicht der Wirklichkeit entsprechenden Eintragung verantwortlich ist. Damit würde der Registerführer nicht nur seine Kompetenzen überschreiten, sondern dem Zweck des Registers zuwiderhandeln. Auch unter dem realistischen Gesichtspunkt darf er demnach nur prüfen, ob eine Tatsache wahr und eintragbar ist oder ob durch eine Gesetzesverletzung die Eintragbarkeit nicht gegeben ist.

ff) Die Materialien enthalten keine Hinweise bezüglich der Voraussetzungen der Eintragung und sind daher für die Auslegung ohne Belang.

gg) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das teleologische und das realistische Auslegungselement erlauben, die Voraussetzungen für die Eintragung von anderen Gesetzesvorschriften klar abzugrenzen. Nur diejenigen Normen sind Voraussetzungen im Sinne des Handelsregisters, die die Gültigkeit und die Eintragbarkeit einer Tatsache begründen. Der von der Rechtsprechung erarbeitete Satz, die Kognition des Registerführers erstreckt sich auf offensichtlich zwingende, zum Schutze öffentlicher Interessen oder Interessen Dritter aufgestellte Normen, muss daher immer mit dem Zusatz gelesen werden "wenn die Beachtung besagter Vorschriften zur Wahrnehmung spezifisch registerrechtlicher Aufgaben rechtserheblich ist". Wenn dieser Vorbehalt in Literatur und Rechtsprechung nicht explizit geäußert wird so deshalb, weil sich die Praxis bei Eintragsverweigerungen mit Sachverhalten auseinanderzusetzen hatte, bei denen die beanstandete Verletzung von Drittschutznormen regelmässig die Eintragbarkeit einer Tatsache in Frage stellte⁴¹, die Tatsache als solche also nicht rechtskonform war. Zweck dieser weiten Fassung der Kognition des Registerführers war offensichtlich nicht, ihm zu erlauben, durch Verweigerung des Eintrags ganz allgemein Gesetzesverletzungen zu ahnden, sondern die Eintragung einer aufgrund einer Gesetzesverletzung nicht eingetretenen oder nicht eintragbaren Sachlage zu verhindern. *Für den Registerführer relevant ist also immer nur das Resultat, das einen Änderungseintrag bewirken soll, nie jedoch der Weg, auf dem dieses Resultat erreicht wurde.*

41 Vgl. die bei Anm. 16 zit. Entscheide.

III. Anwendung der allgemeinen Grundsätze auf das Löschungsbegehren

Die von OR 737 ff statuierten Gläubigerschutzvorschriften sind zwingende⁴² zum Schutz von Interessen Dritter⁴³ erlassene zivilrechtliche Normen. Formell erfüllen sie also jene Bedingungen, die an eine Prüfung durch den Registerführer geknüpft sind⁴⁴.

Materiell jedoch trifft dies nicht zu. Per definitionem ist die Liquidation beendet, wenn die Gesellschaft ihre Tätigkeit eingestellt hat und die Gläubiger befriedigt oder sichergestellt sind und ein allfälliger Liquidationsüberschuss verteilt ist. Diese Sachlage kann eintreten, ohne dass die Auflösung publiziert, die Schuldenrufe erlassen und das Sperrjahr eingehalten worden sind. Im Gegensatz etwa zu einer nichtigen Statutenbestimmung, die eine rechtliche Sachlage begründen soll, aber nicht kann, wird eine tatsächliche Sachlage nicht dadurch nicht-existent, dass sie auf dem Wege von Gesetzesverletzungen herbeigeführt wurde. Die stille Liquidation begründet eine derartige tatsächliche Sachlage, die wahr ist, zu keinen Täuschungen Anlass gibt und als solche⁴⁵ keinen öffentlichen Interessen widerspricht. Da die Beachtung der Publizitätsvorschriften von OR 737 ff nicht Voraussetzung für das *Zustandekommen* der grundsätzlich eintragbaren tatsächlichen Sachlage der beendigten Liquidation ist, kann sie nicht Voraussetzung für deren *Eintragung*, d.h. also für die Löschung sein.

Weil der Registerführer nach OR 940 nur die Voraussetzungen der Eintragung zu prüfen hat und gemäss dem Prinzip der Gesetzmässigkeit der Verwaltung nur diejenigen Aufgaben erfüllen darf, die ihm der Gesetzgeber ausdrücklich zuweist⁴⁶, ist es ihm nicht gestattet, die Beachtung der Gläubigerschutzvorschriften von OR 737 ff zu prüfen und die Eintragung der Löschung bei stiller Liquidation zu verweigern. Die Westschweizer Praxis⁴⁷ beruht demnach m.E. auf einer Kompetenzüberschreitung und ist deshalb unzulässig. Sie ist im übrigen auch kontraproduktiv. Da das Handelsregister keine gesetzliche Grundlage hat, den Schuldenruf zu erzwingen oder selbst vorzunehmen, kann eine liqui-

42 Eine Vorschrift ist zwingenden Rechts, wenn ihr Inhalt von keiner Vertragspartei abgeändert und auch nicht wegbedungen werden darf. Normen, die zum Schutze Dritter erlassen wurden, können selbstverständlich nicht wegbedungen werden. Vgl. dazu im einzelnen etwa Siegwart Einleitung N 282 f; Beck 26 f.

43 Dazu vorn bei Anm. 19 ff.

44 Vgl. vorn nach Anm. 14.

45 Nur ihr Zustandekommen ist gesetzwidrig, nicht aber die Tatsache der Liquidation als solche.

46 Elmers Postulat in SJZ 26, 182 f, es sei dem Registerführer die Kompetenz zu geben, die Löschung vor Ablauf des Sperrjahres zu verweigern, ist vom Gesetzgeber nicht berücksichtigt worden.

47 Vgl. vorn § 6 bei Anm. 31.

dierte Gesellschaft, die nicht Willens ist, die damit verbundenen Kosten auf sich zu nehmen, nach Rückweisung des Löschantrags beliebig lange eingetragen bleiben, was dem Zweck des Registers widerspricht. Allenfalls kann der Registerführer danach von Amtes wegen löschen, wobei dann jedoch der Schuldeneruf ebenfalls unterbleibt⁴⁸.

Der Registerführer muss dem Antrag auf Löschung einer still liquidierten Gesellschaft ohne weiteres stattgeben⁴⁹, denn wenn bei der Gründung und während der aktiven Existenz der Gesellschaft das Ziel seiner Prüfung darin besteht, die Eintragung gesetzwidriger und rechtlich nicht existenter Tatsachen zu verhindern, geht es bei der Löschung darum, durch die faktische Entwicklung unrichtig gewordene Eintragungen zu eliminieren.

48 Vgl. HRV 60 und vorn § 6 bei Anm. 41 ff.

49 Vorbehalten bleibt die Zustimmung der Steuerbehörden, vgl. vorn § 6 bei Anm. 37.

§ 8 Konsequenzen der stillen Liquidation

A. Illegalität der stillen Liquidation

Die stille Liquidation ist gesetzwidrig, denn sie beruht auf einer Verletzung der zwingenden Gläubigerschutzvorschriften über die Anmeldung der Auflösung vor Beginn der auf die Beendigung hinzielenden Liquidationshandlungen, den dreimaligen Schuldenruf und die Beachtung des Sperrjahres¹. De lege lata kann sie jedoch nicht verhindert werden. Zwar besteht die Möglichkeit, die Eintragung der formellen Auflösung von Amtes wegen vorzunehmen, wenn der Registerführer davon Kenntnis hat² oder die Verteilung des Vermögens vor Ablauf des Sperrjahres vom Richter verbieten zu lassen³ bis die angemeldeten Forderungen getilgt sind. Nicht erzwungen werden kann jedoch der Schuldenruf. Dem Handelsregisterführer ist dazu keine Kompetenz gegeben, und eine entsprechende Leistungsklage eines Dritten muss an seinem mangelnden Interesse scheitern⁴, da die Geltendmachung seiner Forderung nicht vom Erlass des Schuldenrufes abhängig ist⁵. Nicht verhindert werden kann die stille Liquidation auch bei informeller Auflösung⁶, die nichtig und nicht eintragbar ist. Der Handelsregisterführer hat auch nicht die Kompetenz, durch Verweigerung der Löschung⁷ die nachträgliche⁸ Einhaltung der formellen Liquidationsvorschriften zu erzwingen.

So stehen wir vor dem recht unbefriedigenden Resultat, dass die stille Liquidation zwar für das Unternehmen oft vorteilhaft⁹ und nicht zu verhindern, trotzdem aber gesetzwidrig ist.

1 Vgl. dazu Widmer, stille Liquidation 13 und vorn § 6 nach Anm. 1.

2 HRV 60.

3 Heberlein 47; Bürgi/Nordmann OR 745 N 13; Schucany OR 745 N 2 und vorn § 3 bei Anm. 65.

4 Ein Rechtsbedürfnis fehlt, wenn der Kläger sein Recht unmittelbar durchsetzen kann, vgl. Guldener 205 bei Anm. 3.

5 Vgl. dazu vorn § 3 bei Anm. 34.

6 D.h. Auflösung ohne GV-Beschluss, dazu vorn § 1 bei Anm. 89 ff.

7 Vgl. soeben § 7.

8 Sie ist zu diesem Zeitpunkt wohl oft auch sinnlos, da die Aktiven bereits verteilt sind.

9 So schon Eugen Huber, zit. bei Elmer, SJZ 26, 179.

B. Konsequenzen für die Gesellschaft

I. Verhinderung der Löschung

Gegen jede noch nicht vorgenommene Eintragung kann nach HRV 32 II Einspruch erhoben werden. Der Registerführer hat danach diese zu sistieren und dem Einsprechenden eine genügende Frist zur Erwirkung einer vorsorglichen richterlichen Verfügung einzuräumen. Ein unbefriedigter Gläubiger, der von der Liquidation Kenntnis hat, kann demnach die Löschung zeitweilig vereiteln. Ist das Sperrjahr noch nicht abgelaufen¹⁰ und können seine Forderungen nicht beglichen werden, wird über die Gesellschaft allenfalls der Konkurs eröffnet¹¹. Andernfalls kann die Gesellschaft nach Befriedigung des Einsprechenden gelöscht werden.

Ein Einspruch gegen die Löschung kann zwar auch rechtmässig liquidierte Gesellschaften treffen, bei stiller Liquidation, v.a. in unübersichtlichen Verhältnissen, muss jedoch eher damit gerechnet werden, dass sich unbefriedigte Gläubiger melden.

II. Wiedereintrag und Rückforderung ungerechtfertigterweise bezogener Liquidationsanteile

Sollte die Gesellschaft zum Zeitpunkt der Geltendmachung von Gläubigerforderungen bereits gelöscht sein, so kann sie wiedereingetragen werden, sofern nicht feststeht, dass sie nicht über die Mittel verfügen wird, die Schulden zu begleichen¹². Diese Mittel sind einerseits allfällige, nach der Löschung zum Vorschein gekommene Aktiven¹³ andererseits vor Ablauf des Sperrjahres oder ohne Berücksichtigung aller bekannten Gläubiger verteilte Liquidationsüberschüsse, die von der Gesellschaft¹⁴ zurückgefordert werden müssen. Die Rückerstattungspflicht für ungerechtfertigterweise bezogene Liquidationsanteile wird wohl vom Gesetz nirgends ausdrücklich verlangt, von der Lehre jedoch durch

10 Vgl. dazu ausführlich Edelmann, SAG 16, 110 ff.

11 Vgl. zur Konkurseröffnung über eine AG in Liquidation Giroud 8, 17 ff, 99.

12 Vgl. vorn § 5.

13 Dazu sind auch Schadenersatzansprüche gegen Organe zu rechnen, vgl. nachstehend bei Anm. 62. Vgl. ferner § 5 bei Anm. 1.

14 Zur Aktivlegitimation der Gesellschaft vgl. etwa Edelmann, SAG 16, 113; Budliger 75; Bürgi/Nordmann OR 745 N 22. Wieland, SJZ 46, 236 f postuliert sogar, was m.E. fraglich ist, ein direktes Rückforderungsrecht der Gläubiger.

selbständige Gesetzesauslegung¹⁵ oder unter Anwendung der Grundsätze über die ungerechtfertigte Bereicherung (OR 62 ff)¹⁶ einstimmig bejaht¹⁷. Der Vorschlag, OR 678 über die Rückerstattung ungerechtfertigterweise bezogener Dividenden analog auf Liquidationsanteile anzuwenden, wurde schon von der Expertenkommission verworfen¹⁸. Der überzeugenden Lösung Schucanys, der eine Gesetzeslücke annimmt, ist gegenüber der Anwendung der Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung schon deshalb der Vorzug zu geben, weil die Bestimmungen über den Irrtum des Zahlenden (OR 63 I), über den beabsichtigten rechtswidrigen Erfolg (OR 66) und die Beschränkung auf die bestehende Bereicherung nicht zum Tragen kommen und die ordentliche Verjährungsfrist von zehn Jahren zur Anwendung gelangt¹⁹. Vorzeitig bezogene Liquidationsanteile sollen jederzeit, unabhängig davon, ob gut- oder bösgläubig empfangen oder ausgeschüttet, während zehn Jahren zurückgefordert werden können. Dies trägt dem Gedanken eines möglichst weitgehenden Gläubigerschutzes, der das ganze Liquidationsverfahren beherrscht, Rechnung.

Zurückzugeben sind sämtliche vorbezogenen Liquidationsanteile, unabhängig davon, ob der Empfänger gut- oder bösgläubig war²⁰ oder ob sie ihm als Aktionär, Partizipations- oder Genussscheininhaber ausbezahlt wurden²¹.

Wiedereingetragen werden kann jede, auch gesetzeskonform liquidierte Gesellschaft, wenn sich nach der Löschung ergibt, dass die Liquidation nicht beendet war. Die Rückerstattung vorbezogener Liquidationsanteile ist jedoch eine spezifisch die stille Liquidation betreffende Pflicht der Bezüger, da sich bei rechtmässiger Beendigung, mit der Genehmigung der Schlussbilanz, das Recht auf Liquidationsanteil in eine konkrete Gläubigerforderung verwandelt²², die ebenso schützenswert ist, wie das Recht jedes anderen Gläubigers. Nur bei nicht gesetzeskonformer Liquidation müssen demnach die Liquidationsanteile zurückgefordert werden. Ist dies jedoch nicht mehr möglich, werden die Organe für allfälligen Schaden haftbar²³.

15 Schucany, SAG 18, 66 ff, 71 schliesst auf eine Gesetzeslücke. Ihm folgend Funk OR 745 N 1 Abs. 4; Bürgi/Nordmann OR 745 N 19 ff und neuestens Binder 38 ff mit Hinweisen.

16 So ausführlich Budliger 73 ff; Edelmann, SAG 16, 94 f.

17 Vgl. die § 5 Anm. 8 zit. Autoren.

18 ProtExp 281 f; Botschaft des Bundesrates zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel 24–33 des Schweizerischen Obligationenrechts, vom 21.2.1928, S. 38. Vgl. dazu Budliger 74 f; Bürgi/Nordmann OR 745 N 20.

19 Schucany, SAG 18, 71 f; Bürgi/Nordmann OR 745 N 20.

20 Bürgi/Nordmann OR 745 N 19; Schucany, SAG 18, 72.

21 Edelmann, SAG 16, 113; Bürgi/Nordmann OR 745 N 22; Schucany, SAG 18, 66 Anm. 2.

22 Ausführlich dazu Bürgi/Nordmann OR 745 N 2; ferner Edelmann, SAG 16, 111; Budliger passim; F. Maurer passim.

23 Dazu nachstehend bei Anm. 56 ff.

III. Haftung der Gesellschaft für unerlaubte Handlungen ihrer Organe

Nach OR 718 III und 743 VI²⁴ haftet die Gesellschaft für den unmittelbaren²⁵ Schaden, der Dritten aus unerlaubten Handlungen der Gesellschaftsorgane in Ausübung ihrer geschäftlichen Tätigkeit erwächst²⁶. Gleichzeitig sind aber die Organe auch persönlich verantwortlich für den Schaden, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen²⁷. Keine der beiden Haftungen ist gegenüber der anderen subsidiär²⁸. Geschädigte Gläubiger können deshalb sowohl gegen die Gesellschaft aus OR 718 III als auch gegen die einzelnen Organmitglieder aus OR 754 klagen²⁹, Gesellschaft und Organe haften dabei solidarisch für den entstandenen Schaden.

Für Schäden als Folge von stiller Liquidation, die ja in Missachtung der gesetzlichen Vorschriften über einen speziellen Aspekt der Geschäftsführung vorgenommen wird, ist die Gesellschaft grundsätzlich haftbar³⁰. Jedoch verfügt sie dann, wenn für den Gläubiger der Schadensfall effektiv eintritt, über keine Mittel mehr. Dies geschieht dann, wenn nach stiller Liquidation kein Überschuss zur Verteilung gelangte und die Gesellschaft selbst, durch die Art der stillen Liquidation nicht geschädigt, zu einer Verantwortlichkeitsklage gegen die Organe nicht legitimiert ist³¹. Es ist deshalb sinnlos, zu diesem Zeitpunkt noch gegen die Gesellschaft vorzugehen.

C. Konsequenzen für die Organe

I. Registerrechtliche Sanktionen

In OR 943 wird den Registerbehörden die Kompetenz zugeordnet, die Unterlassung obligatorischer Eintragungsanmeldungen verwaltungsstrafrechtlich zu ahnden: "Wenn das Gesetz die Beteiligten zur Anmeldung einer Eintragung ver-

24 OR 743 VI enthält ausschliesslich eine Präzisierung von OR 718 III, denn die Liquidatoren werden als Organe bereits von dieser allgemeinen Haftungsbestimmung erfasst.

25 Forstmoser, Verantwortlichkeit N 459; Bürgi/Nordmann OR 753 f N 34.

26 Forstmoser, Verantwortlichkeit N 458 ff; Bürgi OR 718 N 18 ff; Bürgi/Nordmann OR 753 f N 34.

27 OR 754, vgl. dazu im einzelnen nachstehend nach Anm. 104.

28 Forstmoser, Verantwortlichkeit Anm. 801.

29 Forstmoser, Verantwortlichkeit N 460 f.

30 Vgl. etwa Bürgi/Nordmann OR 753 f N 34.

31 Dazu nachstehend cc nach Anm. 65.

pflichtet, hat die Registerbehörde von Amtes wegen gegen die Fehlbaren mit Ordnungsbussen im Betrage von zehn bis fünfhundert Franken einzuschreiten.“³² In der Handelsregisterverordnung wird diese Bestimmung dahin abgeschwächt, dass bei Unterlassung von Neueintragungen³³ und Änderungen³⁴ eine Aufforderung an die fehlbare Gesellschaft ergehen muss, die Eintragung sei zu beantragen, bevor im Falle der Missachtung eine Busse verhängt werden kann³⁵. Diese einschränkende Regelung der Handelsregisterverordnung ist als *lex specialis* zu OR 943 auf die Unterlassung der Anmeldung von Auflösung und Löschung anzuwenden.

Die vorgesehene Strafe trägt bewusst den Charakter einer Ordnungsbusse³⁶ und kann mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht angefochten werden³⁷.

Beteiligte im Sinne des Gesetzes sind jene Organe, denen aufgrund ihrer Aufgaben die Kompetenz zur Anmeldung zukommt³⁸. Bezüglich der Auflösung betrifft dies in erster Linie die Verwaltungsräte³⁹, den Liquidatoren obliegt die Anmeldung der Löschung⁴⁰. In BGE 64 I 55 wird zwar offen gelassen, ob nicht auch die Gesellschaft selbst nach OR 943 haftbar werden könne. Immerhin wird aber ausdrücklich festgehalten, es sei “vernünftigerweise anzunehmen, dass grundsätzlich immer die fehlbaren Mitglieder eines Verwaltungsrates belangt werden können”⁴¹. In der Praxis jedenfalls, und dies scheint nach dem Wortlaut von OR 943 insb. Abs. 2 vernünftig, werden die fehlbaren Organe gebüsst, nicht jedoch die Gesellschaft⁴². Strafbar ist sowohl absichtliches als auch fahrlässiges Unterlassen der Anmeldung⁴³.

Wird also eine aufgelöste Gesellschaft von der Registerbehörde aufgefordert, ihre Auflösung oder Löschung anzumelden und kommen die zuständigen Organe, ohne dagegen Einspruch zu erheben, dieser Aufforderung nicht nach, kön-

32 OR 943 I.

33 HRV 57 IV.

34 HRV 60 II.

35 Vgl. dazu BGE vom 19. Dez. 1961 zit. bei Naymark 143 Nr. 16, wo eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs angenommen wurde bei einer ohne vorgängige Aufforderung zur Eintragung auferlegten Busse. Vgl. ferner His OR 932 N 97.

36 Vgl. Marginalie zu OR 943. Ausführlich dazu BGE 72 I 255 und His OR 943 N 11 f.

37 OG 99 Ziff. 1 lit. b. Dazu ausführlich BGE 72 I 252; ferner BGE 104 Ib 263.

38 His OR 943 N 8.

39 Vgl. vorn § 1 bei Anm. 116 ff. Sind diese dazu nicht im Stande, bezeichnet die GV die dazu verpflichteten Personen, vgl. HRV 88.

40 Vgl. vorn § 4 nach Anm. 1.

41 S. 54.

42 Vgl. die bei Naymark S. 143 f zit. Entscheide; ferner BGE 104 Ib 263. Dies entspricht modernen strafrechtlichen Tendenzen, vgl. Forstmoser, Aktienrecht § 1 N 58 mit Hinweisen.

43 BGE 104 Ib 263; His OR 943 N 7, 9.

nen diese mit Busse von zehn bis fünfhundert Franken bestraft werden. Die Höhe der Busse liegt im Ermessen der Registerbehörde⁴⁴.

II. Strafrechtliche Folgen

Die stille Liquidation ist strafrechtlich irrelevant, denn die Missachtung der von OR 737 ff statuierten Gläubigerschutzvorschriften begründet keinen Straftatbestand. Immerhin ist darauf zu achten, dass im Bemühen darum, die stille Liquidation möglichst geheimzuhalten, keine Strafbestimmungen verletzt werden⁴⁵. Zu denken ist dabei etwa an strafbare Handlungen gegen das Vermögen, insbesondere Betrug⁴⁶, boshafte Vermögensschädigung⁴⁷, unwahre Angaben über Handelsgesellschaften und Genossenschaften⁴⁸, ungetreue Geschäftsführung⁴⁹, an Konkursverbrechen oder -vergehen⁵⁰ oder ordnungswidrige Führung der Geschäftsbücher⁵¹.

Eine bestimmte Modalität stiller Liquidation ist jedoch nach Rechtsprechung des Bundesgerichts strafrechtlich erheblich. So entschied es in BGE 97 IV 10, das Aushöhlen einer Gesellschaft durch die zu deren Führung Verpflichteten stelle ungetreue Geschäftsführung dar, weil die Organe von Gesetzes wegen verpflichtet seien, für die Erhaltung des Gesellschaftsvermögens, insbesondere des Aktienkapitals zu sorgen⁵². Unerheblich sei dabei, dass keine Aktionäre oder Gläubiger geschädigt wurden, sondern einzig der der Gesellschaft an ihrem Vermögen zugefügte Schaden im Sinne von StGB 159 relevant⁵³. Dieser Straftatbestand liegt selbstverständlich nur dann vor, wenn der Aushöhlung der Gesellschaft kein Auflösungsbeschluss voranging, wenn also etwa die Verwaltung aus eigener Initiative den Beschluss fasste, die Gesellschaft zu liquidieren, denn nur nach einem gültigen Auflösungsbeschluss besteht die Aufgabe der Organe nicht mehr in der Erhaltung des Gesellschaftsvermögens, sondern in der möglichst vorteilhaften Beendigung der Geschäftstätigkeit. Wird aber eine Gesellschaft ohne Auflösungsbeschluss ausgehöhlt, geht es darum "ob die Handlungen ... des geschäftsführenden Organs ... durch welche diese Gesell-

44 Dazu His OR 943 N 13 ff.

45 Dazu etwa Gehrig 148 ff.

46 StGB 148.

47 StGB 149.

48 StGB 152.

49 StGB 159.

50 StGB 163 ff.

51 StGB 325.

52 S. 14 f.

53 S. 15 f E. 4.

schaft völlig ausgehöhlt wurde, pflichtwidrig waren oder nicht. Das aber ist eine Frage, welche das Innenverhältnis zwischen Verwaltung und Gesellschaft, mit anderen Worten, die Verantwortlichkeit der ersteren aus getreuer Geschäftsführung gegenüber der Aktiengesellschaft betrifft⁵⁴. Haben dabei die Organe ihre Pflicht zur Fürsorge um das Gesellschaftsvermögen verletzt, so schädigen sie die Gesellschaft im Sinne von StGB 159 als selbständige Vermögensträgerin⁵⁵.

Der Entscheid, primär vom Zürcher Obergericht in der Folge einer aufgehobenen Verurteilung wegen betrügerischen Konkurses gefällt, wurde hier vom Bundesgericht nur bestätigt. Es ist zumindest fraglich, ob die Gerichte in allen Fällen stiller Liquidation ohne gültige Auflösung, dieser Rechtsprechung künftig folgen werden. Im übrigen erhalten sie auch kaum Kenntnis von solchen Vorgängen, da die Registerführer m.W. diese den Strafbehörden nicht anzeigen.

III. Zivilrechtliche Verantwortlichkeit

1. Haftungsgrundlage

Haftungsgrundlage für die Verantwortlichkeit der Organe ist OR 754⁵⁶:

“Alle mit der Verwaltung, Geschäftsführung oder Kontrolle betrauten Personen sind sowohl der Gesellschaft als auch den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung der ihnen obliegenden Pflichten verursachen.

In gleicher Weise sind Liquidatoren, die absichtlich oder fahrlässig die ihnen durch das Gesetz oder die Statuten überbundenen Pflichten verletzen, der aufgelösten Gesellschaft und den Aktionären und Gläubigern für den entstandenen Schaden verantwortlich.”

54 BGE 97 IV 17.

55 BGE 97 IV 17. Offenbar kritisch zu dieser Rechtsprechung Stratenwerth 269, der erklärt, das Strafrecht sollte nur menschliche Interessen schützen, nicht abstrakt das Vermögen einer Gesellschaft. Eine eingehende und kritische Betrachtung dieses Entscheids findet sich bei Eugen Bucher: Für eine strafrechtliche Durchgriffslehre bei Delikten der Verwaltung zum Nachteil juristischer Personen, in: Lebendiges Strafrecht, Festgabe für Hans Schultz (Bern 1977) 165 ff, passim und insb. 178 ff.

56 Eine Anspruchskonkurrenz mit OR 41 I besteht hier nicht, da mit der stillen Liquidation immer gesellschaftsrechtliche Verpflichtungen verletzt werden, die alle von OR 754 erfasst sind. Vgl. dazu statt vieler Bürgi/Nordmann OR 753 f N 11 ff.

2. Schaden

a) Unbedingte Voraussetzung jeder aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage ist ein nachweisbarer⁵⁷ Vermögensschaden⁵⁸, wobei der Schaden definiert wird als Differenz zwischen dem nach Eintritt des schädigenden Ereignisses geringeren Vermögensstand des Geschädigten und dem Stand, den das Vermögen ohne die schädigende Handlung gehabt hätte⁵⁹. Sowohl der *positive Schaden* (damnum emergens), entstanden durch eine Verminderung des Vermögens, als auch der *entgangene Gewinn* (lucrum cessans) dadurch, dass eine Vergrößerung des Vermögens unterblieben ist, sind zu berücksichtigen⁶⁰.

b) Zu unterscheiden ist derjenige Schaden, der der Gesellschaft zugefügt wird, diese also *unmittelbar*, Aktionäre und Gläubiger aber nur indirekt (*mittelbar*) trifft von jenem, der das Gesellschaftsvermögen nicht dezimiert, sondern nur unmittelbar den Aktionären und Gläubigern zugefügt wird⁶¹. Schadenersatzberechtigt ist nur der unmittelbar Geschädigte. Für die stille Liquidation sind dabei zwei Fälle zu unterscheiden:

aa) Ist die Gesellschaft *nicht rechtsgültig aufgelöst* worden⁶², wird ihr durch die Liquidation die Substanz entzogen, obwohl ihr statutarischer Zweck noch immer einwerbender ist. Durch die Liquidation erleidet sie demnach einen Schaden in der Höhe des Vermögensstandes⁶³, den sie mutmasslich⁶⁴ ohne die Liquidation gehabt hätte. *Unmittelbar geschädigt* und ersatzberechtigt ist deshalb die *Gesellschaft*.

bb) Bei *gültiger Auflösung*⁶⁵ und Ausschüttung des Liquidationsüberschusses vor Ablauf des Sperrjahres, erleidet die *Gesellschaft* dann einen *direkten Schaden*, wenn sie infolge der vorzeitigen Verteilung der Aktiven ihren primären

57 Dazu ausführlich Forstmoser, Verantwortlichkeit N 131 ff; ferner neuestens Lehner 14 mit Hinweisen.

58 Vgl. Forstmoser, Verantwortlichkeit N 128, der allerdings Genugtuungsansprüche für allfällige immaterielle Unbill nicht ausschliesst.

59 Vgl. etwa v. Tuhr/Peter I 84 mit Hinweisen; Oftinger I 54; Guhl/Merz/Kummer 60; Bucher 306; Forstmoser, Verantwortlichkeit N 126.

60 Bürgi/Nordmann OR 753 f N 61 mit Beispielen; Forstmoser, Verantwortlichkeit N 127. Zur Abgrenzung von damnum emergens und lucrum cessans vgl. etwa Oftinger I 55; v. Tuhr/Peter I 85; Guhl/Merz/Kummer 64; Bucher 307 ff.

61 Zur Unterscheidung vgl. statt vieler Forstmoser, Verantwortlichkeit N 156 ff mit Hinweisen.

62 D.h. die Liquidation wurde ohne GV-Beschluss, auf eigene Initiative der Verwaltung vorgenommen.

63 Vgl. zu den prozessualen Konsequenzen dieser möglicherweise enorm hohen Schadenssumme Bürgi/Nordmann OR 753 f N 29.

64 Zur Bestimmung nicht genau bezifferbaren Schadens vgl. Forstmoser, Verantwortlichkeit N 132 f.

• 65 Zur Gültigkeit eines Auflösungsbeschlusses vgl. vorn § 1 nach Anm. 34.

Liquidationszweck – Tilgung aller Passiven – nicht mehr erreichen kann. Maximale Schadenshöhe ist der ausgeschüttete Betrag, soweit er von den Bezügern nicht mehr zurückgefordert werden kann.

cc) Der *Gläubiger* kann nur dann einen *unmittelbaren Schaden* geltend machen, wenn der Gesellschaft durch die stille Liquidation kein Schaden erwächst, er selbst aber durch die Unterlassung der Schuldenrufe daran gehindert wurde, seine Forderung rechtzeitig anzumelden. Dies ist dann der Fall, wenn eine aufgelöste Gesellschaft nach beendigter Liquidation keinen Aktivenüberschuss aufweist und ohne Verteilung eines Liquidationserlöses gelöscht wird. Dabei wird der Gesellschaft durch die stille Liquidation nie gesetzwidrig Substanz entzogen, diese also nie geschädigt. Der Gläubiger kann direkt auf Ersatz des ihn unmittelbar treffenden Schadens klagen. Voraussetzung dafür ist allerdings dessen Beweis⁶⁶. Grundsätzlich hat deshalb der Gläubiger nach stiller Liquidation und Löschung die Wiedereintragung zu verlangen⁶⁷ und seine Forderung gegenüber der Gesellschaft geltend zu machen. Erst wenn sichersteht, dass diese über keine nachträglich eingegangenen Mittel verfügt und seine Forderung nicht mehr begleichen kann, was allenfalls sogar durch einen Verlustschein nach erfolgloser Betreibung zu beweisen wäre, steht der unmittelbare Schaden des Gläubigers fest⁶⁸. Dieses Verfahren ist zeitraubend und aufwendig, jedoch ist es oft nicht möglich, den durch die stille Liquidation erlittenen Schaden anders zu bestimmen.

Wenn in BGE 57 I 236 erklärt wird, eine voraussichtlich aussichtslose Klage gegen die Gesellschaft erübrige sich, weil der Gläubiger “durch eine gegen die ehemaligen Vorstandsmitglieder gerichtete Verantwortlichkeitsklage gemäss Art. 714 aOR auf einfacherem und sichererem Wege zu seinem Gelde ... gelangen” könne und in BGE 64 II 154 ausdrücklich festgehalten wird “neben der Möglichkeit einer Wiedereintragung einer solchen Gesellschaft auf dem Administrativwege” stehe “dem Nichtigkeitskläger auch eine Verantwortlichkeitsklage gegen fehlbare Verwaltungsräte zu” wird nicht beachtet, dass die Geltendmachung der Verantwortlichkeitsklage am sicheren Schadensnachweis scheitern muss. Auf diesen kann nur verzichtet werden, wenn der Schaden nicht beweis-

66 OR 42 I.

67 Dazu vorn § 5. Dies gilt nicht für geschuldete Verrechnungssteuern, für die der Liquidator solidarisch haftet, (vgl. VStG 5 I lit. a und dazu Pfund VStG 4 N 3.51 und VStG 15 N 15; Rivier 353 und einen jüngsten Entscheid des Bundesgerichts, BGE 106 Ib 375. Vgl. ferner die bei Forstmoser, Verantwortlichkeit N 684 Anm. 1174 zit. Entscheide) und für die direkten Steuern einiger Kantone (vgl. Béguelin 538). Für die Wehrsteuer (dazu Känzig WStB 121 N 1) und die direkte Steuer des Kantons Zürich (dazu Reimann/Zuppinger/Scharrer ZStG 102 N 60) besteht keine solidarische Haftung der Liquidatoren, der Wiedereintrag ist deshalb notwendig für die Geltendmachung von Steuerforderungen nach der Löschung.

68 Vgl. analog dazu BGE 106 II 259 f; ferner BGE 61 II 234.

bar ist⁶⁹, nicht jedoch, wenn er zwar beweisbar, der Nachweis aber mit erheblichen Umtrieben verbunden ist.

3. Widerrechtlichkeit

Die schädigende Handlung muss von einem Organ in gesetz- oder pflichtwidriger⁷⁰ Ausführung geschäftlicher Tätigkeit erfolgen⁷¹. Widerrechtlich handelt dabei nicht das Organ als Ganzes (also die Verwaltung, die Kontrollstelle etc.), sondern nur dasjenige Organmitglied, das seine Aufgaben verletzt oder pflichtwidrig vernachlässigt hat⁷². Bei stiller Liquidation beruhen die widerrechtlichen Handlungen meist auf Unterlassung⁷³, indem gesetzlich vorgeschriebene Veröffentlichungen nicht vorgenommen werden. Diese Unterlassungen sind dabei nur für diejenigen Organe widerrechtlich, die zur Vornahme entsprechender Handlungen verpflichtet sind. Es sind deshalb primär die den verschiedenen Organen während der Liquidation zugewiesenen Aufgaben genau abzugrenzen, bevor im einzelnen widerrechtliches Handeln festgestellt werden kann⁷⁴.

4. Verschulden

Die schädigende Handlung muss absichtlich oder fahrlässig erfolgen, wobei schon leichte Fahrlässigkeit ein Verschulden begründet, denn das Bundesgericht stellt an die anzuwendende Sorgfalt hohe Ansprüche: OR 722 I verpflichtet den Verwaltungsrat⁷⁵ "zu aller Sorgfalt, nicht nur zur Vorsicht, die er in eigenen Geschäften anzuwenden pflegte"⁷⁶. Welche Aufgaben diese Sorgfaltspflicht

69 Forstmoser, Verantwortlichkeit N 133.

70 Pflichtwidrigkeit umschliesst auch vertragliche oder vertragsähnliche Aufgaben, vgl. Forstmoser, Verantwortlichkeit N 175 f.

71 OR 754.

72 Forstmoser, Verantwortlichkeit N 4; Bürgi/Nordmann OR 753 f N 79. Ist eine juristische Person mit dem Kontrollstellenmandat betraut, so haftet die juristische Person, nicht die für sie tätig werdenden Angestellten oder Organe (Forstmoser, Verantwortlichkeit N 553). Dasselbe gilt für juristische Personen, die als Liquidatoren eingesetzt sind.

73 Vgl. für den Spezialfall, wo ohne gültige Auflösung liquidiert wird, nachstehend bei Anm. 113.

74 Dazu ausführlich nachstehend bei Anm. 107 ff.

75 Dasselbe gilt für Geschäftsführung und Liquidatoren (vgl. Bürgi/Nordmann OR 753 f N 80) und die Kontrollstelle (vgl. Hirsch Nr. 231; Bättig 33 ff).

76 BGE 99 II 179; ferner Forstmoser, Verantwortlichkeit N 204 ff; Bucher 304 f.

im einzelnen umschliesst, wird durch die Organisation der Gesellschaft bestimmt. Bei mittleren und grossen Unternehmen sieht sich der Verwaltungsrat z.B. gezwungen, gewisse seiner Aufgaben zu delegieren. Seine Sorgfaltspflicht beschränkt sich dabei auf die *cura in eligendo*, *cura in instruendo* und *cura in custodiendo*⁷⁷. Er bestimmt zwar die grossen Linien der Geschäftspolitik, die eigentliche Geschäftsführung liegt aber nicht mehr in seinen Händen. Es sind also hier v.a. Überwachungsaufgaben, die er mit aller ihm zumutbaren Aufmerksamkeit wahrnehmen muss.

5. Adäquate Kausalität

Zur Begründung der Verantwortlichkeit muss nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts die pflichtwidrige, schädigende Handlung "nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet (sein), eine Schädigung von der Art der eingetretenen zu begünstigen"⁷⁸. Bei stiller Liquidation ohne Auflösungsbeschluss muss demnach nachgewiesen werden, dass die Gesellschaft ohne die Liquidationshandlungen ihr Vermögen nicht verloren hätte oder, nach gültigem Auflösungsbeschluss, dass die vorzeitige Verteilung des Liquidationsüberschusses oder die fehlende Publizität, den Gläubiger daran gehindert hat, seine Forderungen zu einem Zeitpunkt geltend zu machen, zu dem die Gesellschaft noch über die Mittel zu seiner Befriedigung verfügte. Nach herrschender Lehre und Praxis werden allerdings bei aktienrechtlicher Verantwortlichkeit an die Adäquanz keine hohen Ansprüche gestellt⁷⁹. Es genügt, dass die fragliche Handlung geeignet war, einen entsprechenden Schaden zu verursachen⁸⁰. So ist vor allem auch irrelevant, ob sie nur Teilursache des angeführten Schadens darstellt⁸¹.

77 Bürgi/Nordmann OR 753 f N 79; ferner Vischer 80 ff.

78 BGE 101 II 165; 96 II 396 mit weiteren Judikaturangaben. Spezifisch für die aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage BGE 99 II 182; 93 II 29.

79 Forstmoser, Verantwortlichkeit N 189 mit Hinweisen; Bürgi/Nordmann OR 753 f N 86. Kritisch dazu Druey, SAG 53, 86 f. Vgl. ferner Alain Hirsch: La responsabilité des contrôleurs envers les créanciers sociaux, in: Treuhänder 50 (1976) Heft 9, 10 ff. Allgemein zur Adäquanz v. Tuhr/Peter I 99.

80 BGE 93 II 29.

81 Forstmoser, Verantwortlichkeit N 190 mit Hinweisen; v. Tuhr/Peter I 88.

6. Prinzip der Solidarität

Nach OR 759 I haften mehrere Personen, die für denselben Schaden verantwortlich sind, solidarisch. Dies bedeutet, dass jedes Organmitglied primär nicht nur für den durch seine eigene Handlung verursachten, sondern für den gesamten Schaden einstehen muss, zu dem seine Pflichtverletzung als Teilursache beigetragen hat⁸². Diese Solidarität besteht sowohl zwischen Mitgliedern des eigenen wie auch anderer Organe⁸³, so dass z.B. ein Verwaltungsrat solidarisch für den ganzen, von Mitgliedern der Kontrollstelle und Liquidatoren mitverursachten Schaden haftet. Nach herrschender Lehre⁸⁴ und wohl auch nach der hier nicht ganz eindeutigen Praxis des Bundesgerichts⁸⁵ erstreckt sich die Haftung nur auf den adäquat mitverschuldeten Schaden, nicht aber etwa auf schon vor dem Amtseintritt eingetretene Schädigungen oder solche, die auch bei pflichtgemäsem Handeln nicht mehr zu verhindern gewesen wären⁸⁶. Setzt jedoch die pflichtwidrige Amtsausübung auch nur eine Teilursache, haftet der Fehlbare solidarisch für den gesamten Schaden.

Das Verschulden spielt nach der Praxis des Bundesgerichts im Aussenverhältnis keine Rolle. So haftet der Verantwortliche auch bei geringem Verschulden für den ganzen Schaden⁸⁷, was z.B. dazu führen kann, dass bei kleinem Verschulden der Kontrollstelle und insolventen Verwaltungsratsmitgliedern, die Kontrollstelle für den ganzen, hauptsächlich von der Verwaltung verursachten Schaden einstehen muss. Diese Rechtsprechung wird von zahlreichen Autoren⁸⁸ kritisiert. Das Bundesgericht hält aber auch nach Auseinandersetzung mit dieser Kritik an seiner bisherigen Praxis fest⁸⁹.

Die definitive Schadenstragung im Innenverhältnis wird vom Richter aufgrund des Verschuldens festgelegt⁹⁰. Sind einzelne Verantwortliche zahlungsunfähig, so ist deren Anteil von den übrigen im Verhältnis der ihnen vom Richter auferlegten Haftungsquote zu tragen⁹¹.

82 Vgl. etwa Bürgi/Nordmann OR 759 N 2; Forstmoser, Verantwortlichkeit N 262; Zellweger 52 ff, 86 ff.

83 Forstmoser, Verantwortlichkeit N 271.

84 Forstmoser, Verantwortlichkeit N 274 ff; Bürgi/Nordmann OR 759 N 4 ff; v. Greyerz, Solidarität 14 ff und kritisch ders., aktienrechtliche Kontrollstelle 59 ff.

85 Vgl. die bei Forstmoser, Verantwortlichkeit N 276 f und Bürgi/Nordmann OR 759 N 5 ff diskutierten Entscheide.

86 Forstmoser, Verantwortlichkeit N 275.

87 Forstmoser, Verantwortlichkeit N 282, 290.

88 Vgl. die bei Forstmoser, Verantwortlichkeit N 285 zusammengestellte Literatur; ferner etwa v. Greyerz, Solidarität 14 ff mit rechtsvergleichenden Ausführungen; ders., aktienrechtliche Kontrollstelle 52 f; Bättig 120 ff und neuestens Druey, SAG 53, 83 ff.

89 Vgl. BGE 97 II 415.

90 Forstmoser, Verantwortlichkeit N 293. Ausführlich zu den Bemessungsgrundlagen Zellweger 55 ff.

91 Forstmoser, Verantwortlichkeit N 295.

7. Prozessuales

a) *Aktivlegitimiert* zur Erhebung einer Klage auf Ersatz des von der Gesellschaft unmittelbar erlittenen Schadens sind sowohl die Gesellschaft selbst als auch die Aktionäre und Gläubiger⁹², wobei jedem ein selbständiges Klagerecht zusteht⁹³. Hat die Generalversammlung eine Verteilung des Liquidationsüberschusses gutgeheissen und den verantwortlichen Organen Décharge erteilt, erlischt das Klagerecht der Gesellschaft⁹⁴. Bestehen bleibt jedoch der Anspruch der Gläubiger⁹⁵ und der nicht zustimmenden Aktionäre⁹⁶ auf Schadenersatz an die Gesellschaft. Aktionäre und Gläubiger können sodann ihren eigenen unmittelbaren Schaden jederzeit individuell geltend machen⁹⁷.

b) Die *Beweislast* für den Schaden, die Widerrechtlichkeit und den Kausalzusammenhang trifft immer den Kläger. Das Verschulden des fehlbaren Organs wird jedoch vermutet und der Exkulpationsbeweis dem Beklagten auferlegt⁹⁸, wenn ein Anspruch vertraglich begründet ist⁹⁹, was für Klagen der Gesellschaft und der Aktionäre von der Lehre meist bejaht wird¹⁰⁰. Für unmittelbare Schädigung der Gläubiger wird jedoch von einigen Autoren Deliktshaftung angenommen, womit die Beweislast auch für das Verschulden dem Kläger überbunden wird¹⁰¹, andere stellen die Gläubiger den Aktionären gleich¹⁰². Praktisch ist jedoch hier die Beweislastverteilung von geringer Bedeutung, da heute ein objektivierter Verschuldensmassstab¹⁰³ angelegt wird¹⁰⁴.

c) Nach OR 760 *verjähren* Ansprüche aus Organhaftung in fünf Jahren nach Kenntnisnahme des Schadens und des Verursachers, in jedem Fall aber in zehn

92 Vgl. statt vieler Forstmoser, Verantwortlichkeit N 6, 32 ff. Der Geschädigte muss zum Zeitpunkt der Klageerhebung nicht mehr Gläubiger oder Aktionär sein, es genügt, dass er unmittelbar geschädigt ist: BGE 106 II 232.

93 Forstmoser, Verantwortlichkeit N 35 ff. Zum unmittelbaren Schaden vgl. vorn cc nach Anm. 65.

94 Forstmoser, Verantwortlichkeit N 346, 350 mit Hinweisen.

95 Forstmoser, Verantwortlichkeit N 350.

96 Forstmoser, Verantwortlichkeit N 352 ff.

97 Forstmoser, Verantwortlichkeit N 24 ff.

98 Vischer 85 mit weiteren Literaturangaben; Bürgi/Nordmann OR 753 f N 92.

99 Forstmoser, Verantwortlichkeit N 110; ferner Bucher 303 f.

100 Forstmoser, Verantwortlichkeit N 235; Bürgi/Nordmann OR 753 f N 92.

101 Dazu ausführlich Forstmoser, Verantwortlichkeit N 234 ff mit Hinweisen. Ferner Gehrig 89.

102 So Bürgi/Nordmann OR 753 f N 15 ff nach eingehender Auseinandersetzung mit den verschiedenen Lehrmeinungen.

103 Dazu vorn bei Anm. 76; Forstmoser, Verantwortlichkeit N 204.

104 Forstmoser, Verantwortlichkeit N 238.

Jahren nach der schädigenden Handlung¹⁰⁵. Sieht das Strafrecht für die entsprechende Handlung eine längere Verjährungsfrist vor, gilt diese auch für den Zivilanspruch¹⁰⁶.

8. Pflichtverletzung der Organe durch stille Liquidation insbesondere¹⁰⁷

a) Die Pflichtverletzungen der *Verwaltung* unterscheiden sich je nachdem, ob die Liquidation nach gültiger Auflösung oder ohne Auflösung, auf ihre eigene Initiative hin erfolgt:

aa) Nach gültiger Auflösung obliegt der Verwaltung die Pflicht, die Auflösung und die Liquidatoren im Handelsregister anzumelden¹⁰⁸. Unterlässt sie dies, obwohl sie dazu fähig wäre¹⁰⁹, trägt sie pflichtwidrig zu allfälligen durch die mangelnde Publizität der Liquidation erlittene Schädigungen bei. In der Lehre umstritten und von der Praxis nicht entschieden ist die Frage, ob der Verwaltung einer AG in Liquidation eine Aufsichtspflicht im Sinne von OR 722 I Ziff. 3 verbleibt, die die Kontrolle der Geschäftsführung durch die Liquidatoren einschliesst¹¹⁰. M.E. steht dem nichts entgegen, solange sich diese Kontrolle auf die Beobachtung gesetzlicher und statutarischer Bestimmungen beschränkt, die keinen Eingriff in die materielle Durchführung der Liquidation bedeutet. Die Verwaltung wäre demnach verpflichtet, bei Feststellung von Gesetzesverletzungen durch die Liquidatoren¹¹¹, der Generalversammlung Mitteilung zu machen, nötigenfalls sogar eine ausserordentliche Generalversammlung einzuberufen¹¹². Im übrigen hat sie keine Befugnisse mehr, die die stille Liquidation begünstigen oder verhindern könnten.

bb) Führt die Verwaltung die Liquidation ohne Auflösung durch, verstösst sie primär gegen OR 718 I, wonach die zur Vertretung befugten Personen ermächtigt sind, "im Namen der Gesellschaft alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann". Da der Zweck einer nicht aufgelösten Gesellschaft ein verbender ist, muss die Liquidation hier immer

105 Absatz 1.

106 Absatz 2. Zum Durchgriff auf die beherrschte Gesellschaft vgl. einen jüngsten Entscheid des Bundesgerichts 107 II 154 ff. Näheres zur Verjährung etwa bei Forstmoser, Verantwortlichkeit N 387 ff und Bürgi/Nordmann zu OR 760.

107 Zu den Pflichten gegenüber dem Fiskus vgl. nachstehend § 9.

108 OR 737.

109 Zur Unfähigkeit der Verwaltung, die Liquidation anzumelden, vgl. vorn § 1 nach Anm. 129.

110 Dazu vorn § 2 nach Anm. 111.

111 Etwa Unterlassen des Schuldentrufes oder nicht Einhalten des Sperrjahres.

112 OR 699 I.

zweckwidrig und deshalb gesetzwidrig sein. Sie entspricht im übrigen auch dem Straftatbestand ungetreuer Geschäftsführung¹¹³. Wird in der Folge ein Liquidationsüberschuss verteilt, liegt darin überdies eine unerlaubte Rückzahlung des Aktienkapitals¹¹⁴.

b) Die der stillen Liquidation meist zugrunde liegende Missachtung der Gläubigerschutzvorschriften über den dreimaligen Schuldenruf¹¹⁵ und die Einhaltung des Sperrjahres¹¹⁶, sind den *Liquidatoren* anzulasten. Hinzufügen kann sich u.U. auch eine Verletzung der Pflicht zur Anmeldung der Auflösung im Handelsregister. Zu dieser Anmeldung befugt ist primär nur die Verwaltung¹¹⁷. Die auflösende Generalversammlung kann jedoch diese Kompetenz anderen Personen¹¹⁸ zuordnen. Diese Kompetenzverschiebung kommt nach klarem Gesetzestext nur zum Tragen, wenn die Verwaltung zur Anmeldung nicht im Stande ist¹¹⁹. Zusätzlich kann m.E. aus der subsidiären Verpflichtung der Liquidatoren abgeleitet werden, dass diese, wenn die noch aktionsfähige Verwaltung die Anmeldung unterlässt, selbst die nötigen Schritte beim Handelsregister unternehmen müssen. Einige Register werden direkt die Anmeldung durch die Liquidatoren akzeptieren, andere werden unter Androhung von Busse die Verwaltung dazu auffordern^{120, 121}.

c) Der *Kontrollstelle* verbleiben während der Liquidation im wesentlichen dieselben Pflichten, die sie während des aktiven Gesellschaftslebens wahrzunehmen hat, nämlich die Überprüfung der Buch- und Geschäftsführung und eine Meldepflicht an das übergeordnete Organ, den Verwaltungsratspräsidenten, allenfalls die Generalversammlung bei Gesetzesverletzungen und Überschuldung¹²². Sie hat sich hingegen nicht direkt mit den gesetzlichen Publizitätsvorschriften auseinanderzusetzen. Es fragt sich nun, wieweit die Kontrollstelle bei sorgfältiger Überwachung von Buchführung und Geschäftsgebaren eine stille Liquidation verhindern könnte und müsste.

113 StGB 159; dazu vorn nach Anm. 44.

114 OR 680 II; dazu etwa Bürgi OR 680 N 30 ff, insb. N 34, 38; Wieland, SJZ 46, 236 f; ferner die § 3 Anm. 47 zit. Autoren. Allgemein zur Einlagerückgewährung Binder passim.

115 Dazu vorn § 3 nach Anm. 23.

116 Dazu vorn § 3 nach Anm. 59.

117 OR 737.

118 In der Praxis meist den Liquidatoren, dazu vorn § 1 Anm. 122.

119 HRV 88; vgl. zur strengen Praxis der Handelsregister vorn § 1 bei Anm. 129 f.

120 Vgl. vorn § 1 bei Anm. 129 f.

121 Die Liquidatoren haften auch für die Verletzung ihrer Aufgaben gegenüber den Steuerbehörden (dazu nachstehend § 9) nach OR 754 (vgl. Béguelin 539) sofern sie nicht nach Gesetz solidarisch für die Entrichtung der Steuer einzustehen haben (vgl. vorn Anm. 67). Dies ist jedoch kein spezifisch die stille Liquidation betreffendes Problem und wird hier nicht näher behandelt.

122 Vgl. dazu vorn § 2 nach Anm. 124.

aa) Wird die Gesellschaft ohne gültige Auflösung von der Verwaltung aus eigenem Antrieb liquidiert, so muss dies, sofern die Liquidation nicht innerhalb einer Rechnungsperiode abgeschlossen wird, der Kontrollstelle bei der Überprüfung der Bücher auffallen. Allerdings ist es oft schwierig, in solchen Fällen zu entscheiden, ob bloss Teilliquidationen im Hinblick auf die Fortführung der Gesellschaft oder aber deren Beendigung vorgenommen worden sind. Die Grenze ist dabei etwa dort zu ziehen, wo Teilliquidationen soweit fortgeschritten sind, dass eine Weiterführung der Geschäftstätigkeit nicht mehr möglich scheint. Im Zweifel jedenfalls hat die Kontrollstelle den Verwaltungsratspräsidenten von ihren Wahrnehmungen in Kenntnis zu setzen und der Generalversammlung Mitteilung zu machen¹²³.

Steht fest, dass die Gesellschaft von der Verwaltung gesetzwidrig liquidiert wird, ist sie verpflichtet, eine ausserordentliche Generalversammlung einzuberufen¹²⁴. Obwohl die Zuständigkeit der Kontrollstelle zur Einberufung der Generalversammlung restriktiv auszulegen ist¹²⁵, ist sie hier m.E. uneingeschränkt zu bejahen, da die Aushöhlung der Gesellschaft eine Gesetzesverletzung von solcher Tragweite darstellt, dass sie unverzüglich der Generalversammlung zur Kenntnis gebracht werden muss, die Verwaltung dazu jedoch offensichtlich nicht gewillt ist¹²⁶.

Die Kontrollstelle hat keine Möglichkeit, die Generalversammlung zu zwingen, eine gesetzmässige Situation wiederherzustellen¹²⁷, etwa durch einen gültigen Auflösungsbeschluss oder, sofern dies noch sinnvoll scheint, nach Absetzung der fehlbaren Verwaltung durch Weiterverfolgung des aktiven Gesellschaftszwecks, denn es fallen ihr "keine Weisungsbefugnisse und keine Interventionsrechte zu. Ihre Funktion erschöpft sich in Prüfung und Offenlegung."¹²⁸ Insbesondere ist sie auch nicht befugt, den Handelsregisterführer zu benachrichtigen oder selbst einen Schuldenruf vorzunehmen. Sie kann dem-

123 OR 729 III. Diese Verpflichtungen haben auch für die Kontrollstelle der Einmann-AG Geltung: BGE 86 II 180, 183 f. Ausführlich zur Meldepflicht der Verwaltung Bättig 86 ff. Vgl. ferner Hunziker 43 ff.

124 OR 699 I; Hirsch 186 N 220 f zur "Notwendigkeit" der Einberufung. Bürgi OR 699 N 10, Forstmoser/Meier-Hayoz § 27 N 29 und Bättig 95 bejahen eine Einberufungspflicht der Kontrollstelle, sofern die Verwaltung die Einberufung absichtlich unterlässt. Vgl. ferner BGE 86 II 177; 93 II 28.

125 Bürgi OR 699 N 10; v. Greyerz, aktienrechtliche Kontrollstelle 52. In diesem Sinne auch Chicherio 32 ff, 86 ff; Berweger 143.

126 Chicherio 90; Hunziker 47 f; Binder 58 f. Widmer, stille Liquidation 14 lässt die Frage nach der Einberufungspflicht für diesen Spezialfall offen.

127 BGE 86 II 184; Bättig 108.

128 V. Greyerz, aktienrechtliche Kontrollstelle 52; vgl. ferner Hunziker 42 f.

nach für eine weiterhin andauernde Missachtung der Gläubigerschutzvorschriften auch nicht haftbar gemacht werden¹²⁹.

Es empfiehlt sich, sollte die Generalversammlung an einer gesetzwidrigen Liquidation festhalten, zur absoluten Absicherung gegen eine allfällige Haftung, die Demission der Kontrollstelle. Voraussetzung für die Haftungsbefreiung ist diese allerdings nicht. Vom Gesetz nicht vorgesehen, wird das Recht zur Demission von Lehre¹³⁰ und Praxis¹³¹ übereinstimmend bejaht, jedoch nie eine Verpflichtung dazu abgeleitet.

bb) Wie weit die Kontrollstelle nach gültiger Auflösung zu gehen hat, wenn sie Missachtungen der gesetzlichen Gläubigerschutzvorschriften feststellt, kann weniger eindeutig beantwortet werden. Sicher muss sie Verwaltung und Liquidatoren zur Vornahme der erforderlichen Publikationen auffordern¹³² und der Generalversammlung von deren Unterlassung Mitteilung machen. M.E. rechtfertigt es sich hier im Gegensatz zur Liquidation ohne Auflösung nicht, eine ausserordentliche Generalversammlung einzuberufen, da die Gesellschaft die Veräusserung der Aktiven gewollt hat und bis zur vorzeitigen, durch GV-Beschluss genehmigten Verteilung des Liquidationsüberschusses nicht geschädigt ist. Zur Wahrnehmung der Gläubigerinteressen sollte es deshalb genügen, wenn die Kontrollstelle an der nächsten von der Verwaltung einberufenen Generalversammlung auf die Gesetzesverletzungen hinweist¹³³. Keinesfalls darf sie die Liquidationsschlussbilanz und den Vorschlag zur Verteilung des Liquidationsüberschusses ohne Schuldenruf und vor Ablauf des Sperrjahres zur Annahme empfehlen¹³⁴.

Auch in diesem Fall kann sich die Kontrollstelle nach Benachrichtigung der Generalversammlung sicher von jeder Haftung befreien, wenn sie demissioniert, nachdem die Absicht der Gesellschaft, still zu liquidieren, feststeht. Sie kommt jedoch ihren gesetzlichen Pflichten bereits nach, wenn sie die Generalversammlung auf die Unterlassung der Gläubigerschutzmassnahmen hinweist und entsprechende Vorbehalte bezüglich der Liquidationsbilanz und dem Verteilungsvorschlag anbringt.

129 Vgl. BGE 86 II 184: Die Kontrollstelle "kann sich, falls ihren Anträgen nicht entsprochen wird, jeder Verantwortung entschlagen, allenfalls auch zurücktreten". Vgl. auch Widmer, stille Liquidation 15.

130 Hirsch 71 N 62; Bürgi/Nordmann OR 740 N 23; Fuhrer 106; Chicherio 83.

131 BGE 86 II 184.

132 Willy Dober: Die aktienrechtliche Kontrollstelle (II), in: SAG 31 (1958/59) 242; Berweger 138 ff. Es gehört zu den Aufgaben der Kontrollstelle im Rahmen der Prüfung der Liquidationsbilanzen, sich zu versichern, dass alle Passiven mittels Schuldenruf erfasst worden sind. Vgl. allgemein zum zumutbaren Umfang der Prüfung durch die Kontrollstelle Bättig 87.

133 Vgl. das Muster eines entsprechenden Kontrollstellenberichts bei Widmer, stille Liquidation 12.

134 Widmer, stille Liquidation 14 f.

d) Den *Direktoren und Prokuristen* verbleiben während der Liquidation keine eigenständigen Führungskompetenzen. Sie sind ganz der Aufsicht der Liquidatoren unterstellt und befehlsgebunden¹³⁵. Mit der von der Gesellschaft betriebenen Gläubigerschutzpolitik haben sie nichts zu schaffen und können demnach auch keine direkt mit der stillen Liquidation verbundenen Pflichtverletzungen begehen¹³⁶.

135 Vgl. im einzelnen vorn § 2 nach Anm. 131.

136 Sollten sie die Firma ohne den Zusatz "in Liquidation" gebrauchen, so ist dies strafbar (vgl. vorn § 1 bei Anm. 159), begründet jedoch schon mangels Kausalität keine Haftung nach OR 754: Ist die Auflösung nicht im Handelsregister eingetragen, bleibt die Firma ohne den Zusatz in Liquidation bestehen, denn die Eintragung der Firma ist konstitutiv (vgl. vorn § 1 Anm. 50). Ist sie aber eingetragen, so spielt die positive Publizitätswirkung des Handelsregisters, wonach alle Eintragungen Dritten entgegengehalten werden können. Es erübrigt sich hier also, festzustellen, ob der Gebrauch der Firma ohne Zusatz eine Pflichtverletzung darstellt, die einen aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsanspruch nach sich zieht. (Vgl. zur Kritik an BGE 106 II 257, der den aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsanspruch sehr weit fasst, Druey, SAG 53, 81 ff).

3. Kapitel:

STEUERRECHTLICHE ASPEKTE DER LIQUIDATION

§ 9 Besteuerung der Gesellschaft¹

I. Verrechnungssteuer

1. Steuerobjekt

Von der Verrechnungssteuer erfasst wird der Liquidationsüberschuss als steuerbarer Ertrag im Sinne von VStG 4 I lit. b:

“Steuerbarer Ertrag von Aktien, Anteilen an Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Genossenschaftsanteilen ist jede geldwerte Leistung der Gesellschaft oder Genossenschaft an die Inhaber gesellschaftlicher Beteiligungsrechte oder an ihnen nahestehende Dritte, die sich nicht als Rückzahlung der im Zeitpunkt der Leistung bestehenden Anteile am einbezahlten Grund- oder Stammkapital darstellt (Bonus, Gratisaktien, Liquidationsüberschüsse u. dgl.).

Steuerbarer Ertrag von Genussscheinen (mit Einschluss der Partizipationscheine) ist jede auf dem Genussrecht beruhende geldwerte Leistung an den Inhaber des Rechts; sind Genussscheine ausserhalb einer Sanierung gegen Erlegung ihres Nennwertes in bar oder gegen Vermögenswerte, die den Nennwert erreichten oder überstiegen, ausgegeben worden, so bildet die Rückzahlung des Nennwertes nicht Bestandteil des steuerbaren Ertrags.”²

1 Für eine umfassende Literaturzusammenstellung zur Besteuerung der Gesellschaft in Liquidation vgl. Rivier 237.

2 VStV 20.

Der Liquidationsüberschuss besteht aus dem nach Erfüllung aller Verpflichtungen vorliegenden Gesellschaftsvermögen, abzüglich der einbezahlten Nennwerte der Beteiligungspapiere. Dazu gehört auch der Nominalbetrag von Gratisaktien, die bei ihrer Ausgabe, als Ertrag, der Steuer unterworfen sind³.

Gratis abgegebene Genussscheine mit oder ohne Nennwert werden nicht als Ertrag im Sinne von VStG 4 betrachtet und bei der Ausgabe nicht besteuert⁴, deshalb unterliegen alle Ausschüttungen an deren Inhaber, auch die Auszahlung eines Liquidationserlöses, vollumfänglich der Verrechnungssteuer⁵. Der aus von Beteiligten freiwillig geleisteten Beiträgen resultierende Überschuss, etwa aus Agio oder Forderungsverzicht bei Sanierung, wird als Ertrag betrachtet und vollumfänglich besteuert⁶.

2. Berechnung des Liquidationsüberschusses

a) Die Berechnung des Liquidationsüberschusses ist bei *gesetzeskonformer Liquidation* einfach: Er besteht in der Regel aus dem zur Verteilung gelangenden Barbetrag⁷ nach Abzug der von der Gesellschaft zu entrichtenden direkten Steuern, Handänderungsabgaben etc.⁸ und abzüglich des einbezahlten Grund- und Genussscheinkapitals. Bei Rückerstattung von Sachwerten werden diese zum Verkehrswert im Zeitpunkt der Entstehung der Steuerforderung angerechnet⁹. Werden Aktiven unter ihrem Verkehrswert an Beteiligte oder nahestehende Dritte veräußert, werden sie zur Festsetzung des Liquidationsüberschusses ebenfalls zum Verkehrswert angesetzt¹⁰.

b) Bei *stiller Liquidation* ohne nachweisbaren Auflösungsbeschluss bereitet die Ermittlung des Liquidationsüberschusses einesteils deshalb Schwierigkeiten, weil nicht feststellbar ist, nach welchem Zeitpunkt gewisse Transaktionen als verdeckte Ausschüttung von Liquidationsüberschüssen gewertet werden müssen, was sich u.U. für die betroffene Gesellschaft negativ auswirken kann¹¹, andererseits, weil die Aktiven oft nicht versilbert, sondern als Sachwerte übernommen

3 VStV 20 I; dazu Pfund VStG 4 N 3.36; Känzig WStB 21 N 68.

4 StPraxis II Bd I zu VStG 4 I lit. b Nr. 25; Masshardt WStB 21 N 84.

5 Pfund VStG 4 N 3.41.

6 Pfund VStG 4 N 3.45.

7 Pfund VStG 4 N 3.47.

8 Pfund VStG 4 N 3.49.

9 Pfund VStG 13 N 3.1.

10 Pfund VStG 4 N 3.47.

11 Vgl. den sehr weitgehenden Entscheid des Bundesgerichts in ASA 47 (1979) 541.

werden und schwieriger zu bewerten sind¹². Grundsätzlich ist jedoch der Berechnungsmodus des steuerbaren Ertrags bei stiller wie bei gesetzeskonformer Liquidation derselbe.

3. Verfahren

Die Eidgenössische Steuerverwaltung ist unverzüglich nach der Auflösung zu benachrichtigen¹³, unabhängig davon, ob die zivilrechtlichen Vorschriften von OR 736 ff über die Liquidation beachtet werden oder nicht¹⁴. Die Liquidatoren haben ihr sodann eine unterzeichnete Abschrift der Liquidationseröffnungsbilanz einzureichen und sie über den Stand der Liquidation auf dem Laufenden zu halten¹⁵. Nach Abschluss der Liquidation muss ihr eine unterzeichnete Abschrift der Liquidationsrechnung mit einer Aufstellung der Verteilung des Überschusses zukommen¹⁶. In der Praxis wird bei stiller Liquidation meist auch die Steuerbehörde erst durch die Löschungsanmeldung auf die Beendigung hingewiesen¹⁷.

4. Entstehung der Steuerforderung

Wird die Liquidationsquote auf einen bestimmten Termin zahlbar gestellt, erwächst die Steuerforderung an diesem Tag, ansonsten mit dem Verteilungsbeschluss der Generalversammlung, in jedem Falle aber mit der Ausschüttung¹⁸.

12 Zu dieser Problematik ausführlich Pfund VStG 4 N 3.48.

13 VStG 22, 23; VStV 22 I.

14 Pfund VStG 4 N 3.50; ferner Rivier 238.

15 VStV 22 II.

16 VStV 22 II.

17 Pfund VStG 12 N 2.12.

18 Pfund VStG 12 N 2.12; vgl. zur Verteilung ohne entsprechenden GV-Beschluss ders. VStG 12 N 2.3 und VStG 4 N 3.48.

5. Fälligkeit

Die Steuer ist innert 30 Tagen nach jeder Verteilung eines Liquidationsanteils zu entrichten¹⁹. Auf Gesuch hin kann die Gesellschaft von der Steuerpflicht entbunden werden, wenn der Liquidationsüberschuss in Form der Abtretung von Aktiven verteilt wurde²⁰. Damit soll vermieden werden, dass die Gesellschaft, die ihr Vermögen nicht in liquide Form gebracht hat, Aktiven nur zum Zwecke der Steuerentrichtung veräussern oder fremde Mittel in Anspruch nehmen muss²¹. Dem Gesuch wird stattgegeben, wenn feststeht, dass die Leistungsempfänger nach Gesetz und Verordnung Anspruch auf Rückerstattung der Steuer hätten und wenn an nicht mehr als 20 Beteiligte die Liquidationsüberschüsse als Naturalwerte verteilt wurden²².

II. Wehrsteuer

1. Ordentlicher Ertrag und Kapital

Für den vor und während²³ der Abwicklung der Gesellschaft im Rahmen der ordentlichen Geschäftstätigkeit erwirtschafteten Ertrag und das Kapital, wird bis zur Beendigung²⁴ der Liquidation die Steuer pro rata im Sinne von WStB 48 erhoben.

Allerdings kann, wenn sich die Gesellschaft bei Beginn der Steuerpflicht²⁵ bereits in Liquidation befindet, die Steuer bis zur Beendigung nach den Bestimmungen von WStB 51 ff entrichtet werden, sofern die ordentliche, für werbende Kapitalgesellschaften geltende Besteuerung nach WStB 57–61 für den Steuerpflichtigen nicht günstiger ist²⁶. Anstelle des Reinertrags wird dann das Einkommen analog zu natürlichen Personen belastet und statt einer Steuer von Kapital und Reserven eine Steuer vom Vermögen nach WStB 27–38 und 62 erhoben²⁷.

19 VStV 22 III.

20 VStG 20; VStV 24 I lit. c.

21 Pfund VStG 20 N 9.3.

22 VStV 24 II; Pfund VStG 20 N 11.1 ff.

23 Masshardt WStB 53 N 10.

24 Die Liquidation gilt als beendet, wenn alle wesentlichen Liquidationshandlungen abgeschlossen sind, vgl. § 3 Anm. 79.

25 Nach der Definition von WStB 8 I beginnt die Steuerpflicht mit jeder Veranlagungsperiode neu, vgl. dazu Känzig WStB 8 N 1.

26 WStB 53 I. Nach Känzig (WStB 53 vor N 1) ist die unterschiedliche Besteuerung des Reinertrags bei Liquidationsgesellschaften sachlich nicht gerechtfertigt.

27 Dazu Känzig WStB 53 N 2; Masshardt WStB 53 N 1 f; Rivier 239.

Eine Gesellschaft, die erst nach Beginn der Veranlagungsperiode in Liquidation tritt, wird weiterhin nach WStB 57 ff besteuert, denn für Kapitalgesellschaften erfolgt bei wesentlicher Veränderung während der Berechnungs- oder Veranlagungsperiode keine Zwischeneinschätzung²⁸.

2. Liquidationsgewinn²⁹

Kapitalgesellschaften, die vor oder während der Veranlagungsperiode in Liquidation getreten sind, entrichten bei ihrer Beendigung³⁰, neben der ordentlichen von Reinertrag und Kapital geschuldeten Steuer, eine Liquidationsgewinnsteuer auf den in der Berechnungs- und in der Veranlagungsperiode erzielten Kapitalgewinnen und Wertvermehrungen³¹.

Der Liquidationsgewinn besteht aus der Differenz zwischen dem steuerlich massgebenden Buchwert³² der Aktiven aufgrund der letzten vor der Liquidation erstellten ordentlichen Abschlussbilanz³³ und dem Erlös, der bei ihrer Veräusserung erzielt wurde³⁴. Wird ein Vermögensanteil als Sachwert übernommen oder zu untersetztem Preis an Beteiligte oder nahestehende Dritte veräussert, wird er zum Verkehrswert angerechnet³⁵.

Die vor der Liquidation während der Berechnungs- oder Veranlagungsperiode realisierten Wertvermehrungen und Kapitalgewinne (etwa durch Auflösung stiller Reserven), d.h. die Differenz zwischen dem steuerlich massgebenden Buchwert für die z.Z. der Auflösung laufende Veranlagungsperiode und dem entsprechenden Buchwert, der für die Bestimmung des Liquidationsgewinns Geltung hat, wird dem Liquidationsgewinn zugeschlagen³⁶, selbst wenn der

28 Känzig WStB 58 N 9.

29 Eine Zusammenstellung der Literatur zur Besteuerung des Liquidationsgewinns findet sich bei Helbling 208 Anm. 1.

30 WStB 12 I.

31 WStB 53 II.

32 Der steuerlich massgebende Buchwert "entspricht dem kaufmännischen Buchwert der Aktiven, vermehrt um die in der Geschäftsbuchhaltung vorgenommenen, von den Steuerbehörden aber aufgerechneten Abschreibungen und andern Wertberichtigungen, und dem kaufmännischen Buchwert der Verbindlichkeiten, vermindert um die in der Geschäftsbuchhaltung vorgenommenen, von den Steuerbehörden aber nicht anerkannten Rückstellungen" (Känzig WStB 21 N 85). Vgl. auch ders. WStB 21 N 110; Masshardt WStB 21 N 127 ff.

33 Känzig WStB 43 N 8; ders., Ergänzungsband WStB 43 N 8; Masshardt WStB 53 N 9.

34 Masshardt WStB 21 N 93 ff; Känzig WStB 21 N 107.

35 Känzig WStB 21 N 108 f; Masshardt WStB 21 N 126; Rivier 240.

36 Känzig WStB 53 N 12.

Mehrwert schon vor der Berechnungsperiode eingetreten ist³⁷, so dass nach der Liquidation alle noch nicht erfassten Gewinne gesamthaft besteuert werden.

Die realisierten Gewinne werden um die Liquidationsunkosten und andere nach WStB massgebliche Abzüge reduziert³⁸. Die auf den Wertzuwachsgewinnen zu entrichtenden kantonalen und kommunalen Steuern, einschliesslich allfälliger Handänderungs- und Grundstücksgewinnsteuern können dagegen nicht abgezogen werden³⁹. Für die Berechnung der auf den Liquidationsgewinn zu entrichtenden Steuer gelten die Bestimmungen über die Besteuerung des Einkommens natürlicher Personen von WStB 40 I⁴⁰, wobei jedoch der anzuwendende Höchstsatz denjenigen der Steuer vom Reinertrag der Kapitalgesellschaften nach WStB 57 nicht übersteigen darf⁴¹. Unerheblich ist dabei, ob die Gesellschaft schon zu Beginn der Veranlagungsperiode oder erst später liquidiert wird⁴².

Auf den Liquidationsgewinn wird unabhängig⁴³ von nach WStB 53 I geschuldeten ordentlichen Ertragssteuern, eine volle Jahressteuer erhoben⁴⁴. Die Dauer des Liquidationsverfahrens spielt dabei keine Rolle⁴⁵, eine pro rata Bemessung ist nicht möglich.

III. Kantonale Steuern am Beispiel des Kantons Zürich⁴⁶

1. Ordentlicher Reingewinn und Kapital

Die im Steuerjahr, in dem die Steuerpflicht endigt, realisierten ordentlichen Erträge⁴⁷ und das Kapital⁴⁸ werden bis zur Beendigung pro rata berechnet⁴⁹. Ein für Liquidationsgesellschaften unterschiedlicher Satz besteht, ungleich der

37 Masshardt WStB 21 N 135 ff; Känzig WStB 53 N 12.

38 Känzig WStB 43 N 10, 53 N 13; Masshardt WStB 43 N 15, 53 N 9.

39 Känzig WStB 43 N 10; Masshardt WStB 43 N 11, 53 N 9; Rivier 240.

40 Auch diese für Liquidationsgesellschaften abweichende Besteuerung scheint unbegründet, vgl. Känzig WStB 53 vor N 1 und vorn bei Anm. 26.

41 Dazu Masshardt WStB 53 N 13.

42 WStB 53 II.

43 Dazu Känzig WStB 43 N 21.

44 WStB 53 II.

45 Känzig WStB 53 N 14; Masshardt WStB 53 N 12.

46 Für eine detaillierte Darstellung der Besteuerung von Liquidationsgesellschaften unter Berücksichtigung des Kantons Waadt vgl. Yersin 231 ff.

47 ZStG 45 I lit. a.

48 ZStG 47.

49 ZStG 58 II.

Wehrsteuer, nicht. U.U. wäre es möglich, bei Einstellung der Tätigkeit, vor der Liquidation, eine Zwischeneinschätzung nach ZStG 59 I lit.e zu verlangen⁵⁰.

2. Ausserordentliche Erträge des letzten Steuerjahres

Da nach ZStG 57 III ausserordentliche Einkünfte erst im ihrer Realisierung folgenden, zusammen mit dem für dieses Jahr massgebenden Ertrag besteuert werden, diese ausserordentlichen Einkünfte also bei Beendigung im folgenden Jahr auch pro rata bemessen würden, wird nach ZStG 53 lit. c eine neue Haupteinschätzung für das der Beendigung vorangegangene Jahr vorgenommen.

3. Liquidationsgewinn

Nach ZStG 45 I lit. c ist der Liquidationsgewinn der Ertragssteuer unterstellt⁵¹. Er besteht, wie bei der Wehrsteuer, aus der Differenz zwischen dem letzten nachgeführten Einkommenssteuerwert und dem Verkaufserlös⁵² oder bei Sachübernahme, dem Verkehrswert⁵³. Liquidationsunkosten können abgezogen werden⁵⁴. Auf den Liquidationsgewinn wird eine volle Jahressteuer erhoben⁵⁵ und dem pro rata berechneten Ertrag zugeschlagen⁵⁶.

50 Dazu Reimann/Zuppinger/Schärner ZStG 59 N 24.

51 Dazu ZR 75 (1976) 172 Nr. 64.

52 Reimann/Zuppinger/Schärner ZStG 19 N 162, 371 und ZStG 58 N 4.

53 Reimann/Zuppinger/Schärner ZStG 45 N 176.

54 Reimann/Zuppinger/Schärner ZStG 19 N 372.

55 ZStG 58 II.

56 ZStG 58 I.

§ 10 Besteuerung der Aktionäre und anderer Beteiligter

I. Wehrsteuer

Liquidationsausschüttungen, soweit sie den Nennwert der Beteiligung übersteigen, sind steuerbare Gewinnanteile im Sinne von WStB 21 I lit. c, der vom Erwerber für die Aktie oder den Genussschein bezahlte Preis für die steuerliche Berechnung des Gewinns unerheblich¹. Liquidationsausschüttungen werden zusammen mit dem übrigen Einkommen gesamthaft besteuert. Der Steuerpflichtige hat Anrecht auf Rückerstattung der von der Gesellschaft entrichteten Verrechnungssteuer².

II. Kantonale Steuern

1. Kanton Zürich

Liquidationsdividenden sind, soweit sie keine Rückzahlung des Kapitals darstellen, steuerbare Einkünfte im Sinne von ZStG 19 lit. c³. Sie werden im folgenden, zusammen mit dem für dieses Jahr geltenden Einkommen besteuert⁴.

2. Massgebliche Abweichung in einzelnen Kantonen

In einigen Kantonen, die die Besteuerung der Kapitalgewinne auf Privatvermögen kennen, wird der Liquidationsüberschuss nicht als Einkommen, sondern als Kapitalgewinn besteuert⁵.

1 Masshardt WStB 21 N 81.

2 VStG 48 ff. Vgl. zur Besteuerung der Liquidationsüberschüsse beim Investor Helbling 324 ff.

3 ZR 75 (1976) 172 Nr. 64; ZR 71 (1972) 269 Nr. 86.

4 ZStG 57 II.

5 Reimann/Zuppinger/Scharrer ZStG 19 N 54; vgl. für den Kanton St. Gallen Heinz Weidmann: Wegweiser durch das sanktgallische Steuerrecht (3. A. Bern 1979) 97 ff.

4. Kapitel und § 11:

ERGEBNISSE UND RECHTSPOLITISCHE HINWEISE

Voraussetzungen der gesetzeskonformen Liquidation sind erstens die gültige Auflösung (durch die Statuten, die Generalversammlung, den Richter oder die Handelsregisterbehörden)¹, zweitens deren Eintragung vor Beginn der Liquidationshandlungen im Handelsregister², drittens ein dreimaliger Schuldenruf im SHAB³, viertens die Einhaltung des Sperrjahres vor Verteilung eines Liquidationsüberschusses oder allenfalls eine richterliche Bewilligung bei vorzeitiger Ausschüttung⁴.

Bei stiller Liquidation werden eine oder mehrere dieser Gläubigerschutzvorschriften nicht oder zu spät beachtet, wobei am häufigsten die Variante einer völlig heimlichen Liquidation gewählt wird, bei der die Auflösung erst nach beendigter Liquidation, d.h. nach Verteilung des Liquidationsüberschusses, zum Zeitpunkt des Löschantrags, publik gemacht wird⁵.

Stille Liquidationen sind gesetzwidrig, denn die Regelung des Liquidationsverfahrens ist zwingend ausgestaltet⁶. Die Westschweizer Registerämter haben versucht, diese Gesetzesverletzungen zu verhindern, indem sie den dreimaligen Schuldenruf fordern und mit der Löschung zuwarten bis zum Ablauf des Sperrjahres⁷. Diese Praxis verhindert aber die stille Liquidation nicht. Sie vermag zwar sicherzustellen, dass keine Gesellschaft ohne Einhaltung der formellen Liquidationsvorschriften *gelöscht* wird, nicht jedoch, dass sie ohne vorgängige Benachrichtigung der Gläubiger *liquidiert*, ihr also heimlich die Substanz ent-

1 Dazu § 1 I. – III.

2 Dazu § 1 IV.

3 § 3 2.

4 § 3 5. a).

5 § 6 I. – III.

6 § 8 A.

7 § 6 V. 1.

zogen wird, was einzig für den Gläubiger von Bedeutung ist⁸. Im weiteren beruht diese Praxis auf einer Kompetenzüberschreitung und ist unzulässig: Der Registerführer darf die Löschung nicht verweigern gestützt auf Gesetzesverletzungen, die keine Eintragungsbedingung darstellen⁹. In der übrigen Schweiz werden still liquidierte Gesellschaften ohne weiteres gelöscht auf die einfache Erklärung der zuständigen Organe hin, die Liquidation sei beendet¹⁰.

So stehen wir denn vor der unbefriedigenden Situation, dass stille Liquidationen gesetzwidrig sind, aber nicht unterbunden werden können. Prohibitive Sanktionen bieten sich *de lege lata* nicht an: Die Busse, die bei Missachtung einer handelsregisterlichen Anmeldungsaufforderung ausgefällt werden kann, liegt zwischen 10.— und 500.— Franken (OR 943). Nur ausnahmsweise und in qualifizierten Fällen kann die stille Liquidation auch strafrechtliche Folgen haben¹¹.

Gefahren birgt die Unterlassung des Auflösungseintrags, des öffentlichen Schuldenrufs und die Missachtung des Sperrjahres v.a. in unübersichtlichen Verhältnissen, wo möglicherweise nicht alle Gläubiger vor Verteilung des Liquidationsüberschusses erfasst und befriedigt werden. Nach beendigter Liquidation ist es diesen oft nicht mehr möglich, ihre Forderungen gegenüber der Gesellschaft erfolgreich geltend zu machen, wonach ihnen nur noch eine Verantwortlichkeitsklage gegen die Organe offensteht¹².

Andererseits ist die stille Liquidation für die Gesellschaft oft mit erheblichen Vorteilen verbunden, v.a. in Bezug auf die Höhe des Liquidationsergebnisses, die Dauer und Kosten der Abwicklung¹³. In übersichtlichen Verhältnissen ist dabei auch kaum mit einer Benachteiligung der Gläubiger zu rechnen, sofern das stille Verfahren nicht in betrügerischer Absicht gewählt wird.

Drängt sich *de lege ferenda* eine Änderung der zwingenden Liquidationsvorschriften auf?

Es scheint ausgeschlossen, dass eine künftige Gesetzgebung die Aushöhlung der Gesellschaft ohne Beachtung des hierfür vorgeschriebenen Verfahrens zu verhindern möchte. Alle möglichen registerrechtlichen, zivilrechtlichen oder gar strafrechtlichen Sanktionen könnten an der tatsächlich geschaffenen Sachlage nichts mehr ändern, denn sie haben allenfalls eine abschreckende, jedoch nicht die erwünschte absolut-präventive Wirkung.

8 § 7 nach Anm. 47.

9 § 7 II. und III.

10 § 6 V. 2.

11 § 8 nach Anm. 45.

12 § 8 C. III.

13 § 6 II.

Erst wenn das Handelsregisteramt von der Auflösung benachrichtigt wird, also meist zum Zeitpunkt der Löschanmeldung, ergäbe sich eine Möglichkeit, auf den Liquidationsablauf Einfluss zu nehmen. Dem Registerführer könnte die Kompetenz eingeräumt werden, nach stiller Liquidation selbst vor der Löschung den Schuldenruf vorzunehmen und danach das Sperrjahr abzuwarten. Die Auflösung würde demnach, wie vom Gesetz vorgesehen, mehrmals publiziert, jedoch erst nach beendigter Liquidation, wenn ein allfälliger Liquidationsüberschuss bereits verteilt ist. Ob einzig die Tatsache der mehrmaligen Veröffentlichung einen erhöhten Schutz für die Gläubiger darstellt, ist allerdings fraglich, denn einem regelmässigen Leser des SHAB müsste schon eine einzige Publikation auffallen, bei nur gelegentlicher Durchsicht dieses Blattes dürfte aber in vielen Fällen auch die dreimalige Bekanntmachung wenig nützen. Ob der Gläubiger noch vor oder erst nach der Löschung der liquidierten Gesellschaft von der Beendigung Kenntnis hat, ist praktisch auch nicht von Belang, da der Wiedereintrag einer gelöschten Gesellschaft keine Probleme stellt. Das Erzwingen der formellen Gläubigerschutzvorschriften bringt in diesem Stadium offensichtlich keine wesentlichen Vorteile, da dies den Gläubigern auch nicht ermöglicht, ihre Forderungen geltend zu machen, solange die Gesellschaft noch Aktiven besitzt.

Eine wirkungsvolle Verschärfung der bestehenden Gesetzesvorschriften mit dem Ziel der Verhinderung stiller Liquidationen scheint danach nicht möglich. Die völlige Unterbindung dieser Praxis wäre im übrigen auch nicht wünschenswert. Sie birgt unbestreitbare und erhebliche Vorteile, denen in vielen Fällen keinerlei Nachteile gegenüberstehen. Es fragt sich daher, ob eine Gesetzesänderung nicht sogar eine Erleichterung bringen, die stille Liquidation also legalisiert werden sollte. Unter Beibehaltung der bisherigen Liquidationsvorschriften wäre demnach für Gesellschaften, denen alle Gläubiger bekannt sind, eine Befreiung von den der Löschung vorangehenden Veröffentlichungen vorzusehen. Würde die Gesellschaft still liquidiert, ohne effektiv alle Gläubiger erfasst zu haben, könnten die Organe dennoch zur Verantwortung gezogen werden. M.E. wäre eine Neuregelung in diesem Sinne zu begrüßen, denn sie würde eine gängige, unvermeidbare und oft auch wünschenswerte Praxis vom Makel der Illegalität befreien, ohne ihr in Fällen, wo sie nicht indiziert ist, Vorschub zu leisten.

LEBENS LAUF

In Zürich am 13. Jan. 1955 geboren, besuchte ich dort die Primar- und Mittelschule mit Maturitätsabschluss Typ B im Herbst 1974. Ein einjähriger Aufenthalt als Austauschschülerin in den USA unterbrach die Gymnasialzeit. Im Wintersemester 1974/75 nahm ich an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Genf das Studium auf und wurde dort im Oktober 1977 zum Lizentiaten promoviert. Nach zwei weiteren Semestern Nachdiplomstudium in Genf, immatrikulierte ich mich an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich und arbeitete während der Abfassung meiner Dissertation für 2½ Jahre als Assistentin von Herrn Prof. Dr. Peter Forstmoser. Nach den Doktorprüfungen erfolgte am 14. Juli 1982 die Promotion.

